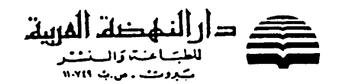
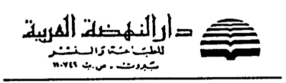
النظرية العامة للالتزام

الجزء الأول
مصادر الالتزام
في
القانون اللبناني والتشريعات العربية

دكتور نبيل ابراهيم سعد

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
والمحامي بالنقض
رئيس قسم القانون المدني بكلية الحقوق جامعة بيروت العربية





* الإدارة: بيروت، شارع مدحت باشا، بناية كريدية، تلفون: 866271 818704 / 818705
برقياً: دانهضة، ص.ب 749-11
تلفاكس 232-4781-212-001

* المكتبة: شارع البستاني، بناية اسكندراني رقم ٣، غربي الجامعة العربية، تلفون: 316202 / 818703

* المستودع: بئر حسن، تلفون: 833180

النظرية العامة للالتزام

الجزء الأول

مصادر الالتزام

في

القانون اللبناني والتشريعات العربية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

من خلال هذه المقدمة نعرض لثلاث نقاط على التوالي، أولاً: نعرف الالتزام وبيان خصائصه، ثانياً: تقسيم الالتزامات، ثالثاً: مصادر الالتزام.

أولاً: تعريف الالتزام وبيان خصائصه

يمكن أن نعرّف الالتزام بأنه رابطة قانونية بين شخصين، يلتزم بمقتضاها أحدهما، ويسمى المدين، بأن يقوم بأداء مالي معيّن لمصلحة شخص آخر، ويسمى الدائن، ويكون المدين مسؤولاً عن دينه ـ كقاعدة عامة ـ في كافة أمواله[1].

ويجب أن نشير منذ البداية إلى أن هذه «الرابطة القانونية» لها وجهين: إذا نظرنا إليها من ناحية الدائن فتسمى بالحق الشخصي أو حق الدائنية؛ وذلك لأن للدائن بمقتضاها الحق في مطالبة المدين بما عليه من أداء، ووسيلته في ذلك، كقاعدة عامة، الدعوى. وإذا نظرنا إليها من ناحية المدين تسمى التزاماً، وذلك لأن المدين هو الذي يقع عليه عبء الوفاء بالأداء الذي التزم به للدائن. وعلى ذلك فالالتزام هو الوجه السلبي للحق الشخصي، فالحق للدائن والالتزام على المدين.

ومن هذا التعريف نستطيع أن نستخلص أهم خصائص الالتزام وهي:

(١) انظر إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام ١٩٦٨، فقرة ١٦ ص ٣٠

Vo. aussi J. Flour et J.L. Aubert, Droit Civil, Les Obligations, Vol. I. L'acte Juridique, 1975, No. 2. P. 2.

١ - الالتزام رابطة قانونية:

أهم ما يميز الالتزام أنه رابطة قانونية بين شخصين، الدائن والمدين. فهذه الرابطة هي جوهر الالتزام. وقد كان نتيجة لذلك أن غالى أنصار المذهب الشخصي في النظر بصفة أساسية إلى طرفي الالتزام، الدائن والمدين. وقد ترتب على هذه النظرة نتيجتان:

الأولى: يلزم وجود كل من المدين والدائن وقت نشوء الالتزام.

الثانية: عدم تصور تغيير أحد طرفي هذه الرابطة دون أن تتغير الرابطة نفسها.

وبالتالي لا يمكن انتقال الالتزام، سواء عن طريق حوالة الدين من جانب المدين، أو عن طريق حوالة الحق من جانب الدائن.

وقد ورث قانون نابليون هذا الاتجاه عن القانون الروماني، وإن كان القانون الفرنسي قد خرج عن القانون الروماني بإجازته حوالة الحق، إلا أنه ظل في غير ذلك أميناً على المذهب الشخصي، فلم تتضمن نصوصه أية إشارة إلى حوالة الدين[١]، ولا لإمكان نشوء الالتزام قبل أن يتحدد شخص الدائن[٢].

ولكن التطور الاقتصادي والاجتماعي الهائل الذي حدث في القرن التاسع عشر قد أفرز أوضاعاً قانونية جديدة، لا تتلاءم البتة مع النظرة الشخصية الضيقة، كحوالة الدين والتأمين لمصلحة شخص غير معّين أو شخص لما يوجد وقت التأمين. ولذلك ظهر المذهب المادي في الالتزام في ألمانيا على يد الفقهاء الألمان الذين اتجهوا إلى بعث القانون الجرماني القديم والتخلص من النظريات الرومانية ومن بينها النظرية الشخصية في الالتزام.

والمذهب المادي في الالتزام يقوم على النظر إلى الالتزام نظرة مادية أو موضوعية، وهذا المذهب يرتكز على النظر إلى موضوع الالتزام لا إلى أشخاصه،

(١) انظر أستاذنا

Vo. ph. MALAURIE L. AYNES, Droit Civil Les Obligations, 1985 No. 770. P. 550,
B.STARCK,Droit Civil, Obligations, 1972, No. 2317.. 697.

(٢) يجب أن نشير أن الحياة العملية فرضت وجود حوالة الدين، ولذلك نجد أن القانون الوضعي الفرنسي، يعرف فكرة حوالة الدين، كما هو الشأن في التنازل عن العقد، انظر نبيل سعد، التنازل عن العقد، منشأة المعارف، ١٩٨٥.

فالعبرة فيه بقيمة الالتزام المالية بغض النظر عن شخص الدائن أو شخص المدين، ويترتب على هذه النظرة نتيجتان:

الأولى: إمكان نشوء الالتزام حتى ولو لم يوجد الدائن منذ البداية، متى كان من الممكن وجوده في المستقبل، خاصة عند تنفيذ الالتزام.

الثانية: إمكان تغيير أطراف الالتزام وانتقاله عن طريق حوالة الدين، بتغيير شخص المدين، وحوالة الحق، بتغيير شخص الدائن(١).

ومع ذلك يجب أن نشير إلى أنه بالرغم من هذا التصوير المادي أو الموضوعي للالتزام، إلا أن هذا لا يغيّر من طبيعة الالتزام بوصفه رابطة أو علاقة بين شخصين، وهذا راجع إلى أن طبيعة الالتزام تحتم أن يتعيّن أحد طرفي الرابطة أو العلاقة، وهو المدين، منذ البداية، كما يلزم أن يتعيّن الدائن كأصل عام منذ البداية، وإن كان من الممكن أو من المتصور أن يكون قابلاً للتعيين في المستقبل، على أنه يلزم في جميع الأحوال أن يكون معيناً هو الآخر وقت التنفيذ.

في الفقه الإسلامي نجد أن فكرة الدين تسودها نزعة مادية ظاهرة، لا تقلّ عن النزعة المادية التي تسود الالتزام في القانون الألماني. فالاعتبار الأساسي في الدين، عند فقهاء المسلمين هو موضوعه، حتى أنهم رأوا فيه مالاً، وإن كان حكمياً. أما طرفًا الدين، وهما الدائن والمدين، فأهميتهما أقل بكثير. وقد أدت النزعة المادية للدين في الفقه الإسلامي إلى أن تجيز انتقال عبء الدين من المدين الأصلي إلى غيره، عن طريق حوالة الدين. كما أنه يمكن أن يوجد الدين حتى لو كان الدائن شخصاً لم يتعيّن بعد، كما في الجعالة، وإن كان هذا مما يصح العدول عنه قبل الشروع في العمل. كما أدت هذه النزعة بالفقه الإسلامي إلى القول بحلول أخرى كثيرة(٢).

---

(١) وقد أخذت كثير من التشريعات العربية؛ القانون المصري والقانون اللبناني والقانون السوري والقانون العراقي بالكثير من نتائج المذهب المادي، فنظمت حوالة الدين (٣١٥، ٣١٦ مدني مصري، م ٢٨٧ ـ ٢٨٩ موجبات وعقودلبناني). وأجازت الاشتراط لمصلحة الغير (م ١٥٦ مدني مصري رقم ٢٢٨ موجبات وعقود لبناني)، وقررت إلزام الواعد بالجائزة بارادته المنفردة قبل أن يتعين الدائن (م ١٦٢ مدني مصري، ١٧٩٣ موجبات وعقود لبناني).

(٢) انظر عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، =

وأخيراً فإن تحديد شخص المدين في الالتزام منذ البداية باعتباره الطرف الذي يقع على عاتقه أداء معيّن في مواجهة الدائن يعتبر الخط الفاصل بين الحق الشخصي والحق العيني. ففي الحق الشخصي أو حق الدائنية يوجد واجب خاص يقع على عاتق شخص معين هو المدين، أما في حالة الحق العيني، فإنه يوجد واجب عام على الكافة باحترام ما للشخص من سلطة مباشرة على شيء معيّن، وبالتالي فلا يوجد مدين معيّن. كما أن الواجب الخاص الذي يقع على المدين في الالتزام يكون عنصراً سلبياً في ذمة المدين، بينما الواجب العام على الكافة لا يدخل ضمن عناصر أية ذمة مالية لمن يقع عليهم هذا الواجب. وهذا التقسيم التقليدي للحقوق المالية إلى حقوق شخصية وحقوق عيّنية يتجاوز في مجموعة ما سار عليه فقهاء المسلمين من تقسيم الحقوق المالية إلى عين ودين[1].

نخلص من كل ما تقدم إلى أن تطور فكرة الالتزام لم يؤد إلى نفي فكرة الرابطة القانونية بوصفها جوهر الإلتزام، فلا زال الالتزام علاقة بين شخصين، كل ما في الأمر أنه قد أصبح من الجائز أن يتغير طرفا العلاقة بالحوالة، وأن يلتزم المدين في بعض الحالات قبل أن يتحدد شخص الدائن بشرط أن يوجد عند التنفيذ دائن معيّن.

إذا كان أهم ما يميز الالتزام أنه رابطة بين شخصين، إلا أن أهم ما يميز هذه الرابطة أنها رابطة قانونية. فالالتزام واجب قانوني، أي أنه واجب يكفل القانون احترامه، والقاعدة أن الوسيلة إلى ذلك هي الدعوى يمنحها القانون لصاحب الحق، الدائن، ليقتضي حقه من مدينه. لكنْ إذا كان كل التزام واجب فإنه ليس كل واجب التزام. فالالتزام واجب قانوني. وهذا ما يميزه عن غيره من الواجبات الخلقية والمجاملات. فالالتزام واجب قانوني يرتب أثراً تحميه الدولة ويمكن المطالبة به أمام القضاء وذلك بخلاف الواجبات الأخلاقية والمجاملات.

غير أنه في بعض الأحوال يكتفي القانوني بحماية ناقصة، وهذا هو الالتزام الطبيعي. فالالتزام الطبيعي التزام قانوني، أي على المدين واجب قانوني، فإذا أداه

= دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي ١٩٨٤، فقرة ١٠ ص ٢١، ٢٢ وبصفة خاصة هامش ١، ٢ ص ٢٢.

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١، هامش ٢،٤.

باختياره قاصداً أن يوفي التزاماً طبيعياً لا يعتبر متبرعاً ولا يجوز له أن يسترد ما أداه. أما إن لم يوف به المدين باختياره فليس للدائن من سبيل إلى إجباره على الوفاء، وذلك لأن حماية القانون لا تتوافر كاملة[1].

٢ ـ الطبيعة المالية للالتزام:

فالخصيصة الأساسية للالتزام هي مالية الأداء الذي يلتزم به المدين. فالالتزام واجب قانوني يمكن تقديره بالنقود. لذلك فإن الالتزام يكون عنصراً سلبياً في ذمة المدين، وفي المقابل يعتبر عنصراً إيجابياً، باعتباره حقّاً في ذمة الدائن.

هذه الخصيصة الأساسية للالتزام هي التي تميز الالتزام عن الواجبات القانونية الأخرى والتي لا يكون الأداء فيها مالياً، كواجب الخدمة العسكرية، وواجبات الأسرة، كواجب الزوجة طاعة زوجها وواجب الأبناء طاعة الأب، تعتبر واجبات قانونية ولكنها لا تعتبر التزاماً بالمعنى الفني الدقيق.

وبذلك نستطيع على ضوء ذلك التعريف المتقدم وتحليل عناصره أن نقول إن نظرية الالتزام يتحدد نظامها بالالتزامات التي يكون مضمون الأداء فيها مما يمكن تقديره بالنقود وفقاً للاعتبارات السائدة في المجتمع وقت الاتفاق[2].

٣ ـ أن يكون المدين مسؤولاً عن تنفيذ الالتزام في كافة أمواله:

ويفسر هذا العنصر كيف تعمل نظرية الالتزام، بل كيف يعمل النشاط الاقتصادي كله، وخاصة الائتمان. كما أن هذا العنصر يكشف عن أهمية نظرية الالتزام، ليس في الوقت الحاضر فحسب، بل في القوانين القديمة.

ففي القانون الروماني كان الالتزام في البداية عبارة عن علاقة شخصية محضة، مصدراً للسلطة، قيداً قانونياً يتحول إلى استرقاق المدين أو قتله في حالة عدم تنفيذه

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥ إلى ١٣، توفيق فرج، دروس في النظرية العامة للالتزام، ١٩٨١، ص ١٠، ١١.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق فقرة ٦، ص ١٥، ١٦.

لالتزامه. فقد كانت الأنظمة القانونية التي لم تبلغ بعد حدّاً من التطور لا تملك من الوسائل الفنية والقانونية ما يكفل تنفيذ الالتزام دون اعتداء على شخص المدين. ولذلك فقد كان طبيعيًّا أن يكون من بين الوسائل البدائية التنفيذ على شخص المدين، وسجنه واسترقاقه بواسطة الدائن. وبالرغم من قسوة ووحشية هذه الوسائل فإن فعاليتها لم تكن بالقدر الكافي، وإن كانت تتمتع بنوع من الزجر وتحقق بالتالي نوعاً من الوقاية. هذه الوسائل القانونية كانت تتفق مع عقلية هذا العصر وتدل على افتقار هذه الأنظمة إلى الصياغة القانونية المتطورة[1].

أما في المجتمعات الحديثة أصبح الالتزام علاقة بين ذمتين، وسيلة مجردة يتحقق بواسطتها تبادل بعض القيم الاقتصادية. علاوة على ذلك أصبح الانتقام من المدين لا يمثل أي قيمة لدى الدائن. ولكن كل ما يهم الدائن هو الحصول على حقوقه التي كان ينتظرها ويرتب حياته عليها. كما أن استرقاق المدين أو سجنه وبيعه أصبح يتعارض مع التطور الحديث للنظام العام أو الآداب[2].

ولذلك فإن القوانين الحديثة تقدم من الوسائل الفنية والقانونية ما يضمن بفعالية احترام وتنفيذ الالتزام دون مساس بشخص المدين، وذلك لتحفظ التوازن في الحياة القانونية والاقتصادية ولتحميها من الاضطراب. وذلك على النحو الذي سوف نراه عند دراسة أحكام الالتزام.

فإذا لم تجد هذه الوسائل أو إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه. فـإن لم يقم المدين بالتنفيذ العيني أو بمقابل طوعاً واختياراً، فليس أمام الدائن إلا أن يلجأ إلى التنفيذ الجبري. والتنفيذ الجبري، عيناً كان أو بمقابل، يكون على أموال المدين لا على شخصه. وهذه الأموال هي الضامنة للوفاء بالتزاماته. وهذا ما يسمى بالضمان العام[3].

والضمان العام يعني أن أموال المدين جميعاً ضامنة للوفاء بديونه، وأن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان لهم منهم حق التقدم طبقاً للقانون.

---

(١) انظر نبيل سعد ـ التأمينات العينية والشخصية منشأة المعارف، ١٩٨٤، فقرة ١ ص ٥.
(٢) نبيل سعد، نفس المرجع، ص ٦.
(٣) نبيل سعد، نفس المرجع، ص ٩.

مقتضى ذلك أنه إذا لم يقم المدين بالتنفيذ العيني أو بمقابل طوعاً واختياراً فإنه يتم الحجز على أمواله بمقتضى حكم من القضاء، وبيعها بالمزاد العلني، ويحصل جميع الدائنين، على قدم المساواة، على حقوقهم من حصيلة هذا البيع. فإذا كانت هذه الحصيلة كافية للوفاء بحقوق الدائنين كاملة كان بها وانتهى الأمر. وإذا لم تكن هذه الحصيلة كافية للوفاء بحقوقهم كاملة توزع هذه الحصيلة عليهم بنسبة دين كل منهم، أي تقسم قسمة غرماء فيما بين الدائنين[١].

وحق الضمان العام يمثل الحد الأدنى لحماية الدائن. وإلى جانب ذلك توجد وسائل فنية وقانونية تسمح للدائن أن يحصل بمقتضاها على الأولوية والتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين في المرتبة. ويستطيع الدائن أن يحصل على هذه الوسائل القانونية إما بمقتضى إتفاق مع المدين، كما هو الحال بالنسبة للرهن الرسمي أو الحيازي، وإما بمقتضى حكم من القضاء، كحق الاختصاص، وإما بحكم القانون لصفة في الدين، كما هو الحال بالنسبة لحقوق الامتياز.

والدائن المزود بأحد هذه الحقوق يستطيع أن يحصل على كامل حقه من قيمة العين أو الأعيان المحملة بهذا الحق بالأولوية عن الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة. فإن لم تكن قيمة هذه العين أو الأعيان تكفي للوفاء بكامل حقه فإن الدائن يرجع بما تبقى له على الضمان العام لمدينه باعتباره دائناً عاديّاً، ويخضع عندئذ لمبدأ المساواة بين الدائنين[٢].

وبذلك نكون قد بيّنا المقصود بالالتزام وحللنا عناصره المختلفة وذلك كضرورة حتمية لمعرفة نظرية الالتزام بطريقة جيدة. والآن حان الوقت لمعرفة تقسيمات الالتزام.

ثانيا: تقسيمات الالتزام

تنقسم الالتزامات بحسب أنواعها إلى تقسيمات عدة، وذلك بحسب الزاوية التي نظر منها إلى الالتزام[٣]. وعلى ذلك يمكن أن تنقسم الالتزامات إلى ما يلي:

---

(١) انظر في تفصيل ذلك نبيل سعد، المرجع السابق فقرة ٥ ص ١٥ وما بعدها.
(٢) انظر في تفصيل ذلك نبيل سعد، المرجع السابق، فقرة ٩ ص ٢٤ وما بعدها.
(٣) في قانون الموجبات والعقود اللبناني افرد المشرع الكتاب الأول من القسم الأول، في =

١ ـ التزامات مدنية والتزامات طبيعية.

٢ ـ التزامات شخصية والتزامات عينية.

٣ ـ الالتزام بإعطاء، والالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل.

٤ ـ التزامات بتحقيق نتيجة والتزامات ببذل عناية.

٥ ـ التزامات باتة والتزامات معلقة على شرط.

٦ ـ التزامات منجزة والتزامات مضافة إلى أجل.

٧ ـ التزامات بسيطة والتزامات تضامنية والتزامات تضاممية.

٨ ـ التزامات تخييرية والتزامات بدلية.

٩ ـ التزامات أصلية والتزامات تبعية.

١٠ ـ التزامات قابلة للانقسام والتزامات غير قابلة للانقسام.

١١ ـ التزامات متتابعة والتزامات غير متتابعة.

وإذا كانت طبيعة المقرر لا تسمح بالاستفاضة في شرح أحكام كل نوع من هذه الأنواع، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من إلقاء الضوء على أهم هذه التقسيمات، والتي نحتاج لها في دراستنا الحالية، وعلى أساس أن باقي التقسيمات سوف تتاح دراستها تفصيلاً بمشيئة الله في مقرر أحكام الالتزام.

١ ـ الالتزام المدني والالتزام الطبيعي:

قد سبق أن رأينا أن جوهر الالتزام هو الرابطة القانونية ومالية الأداء، ومسؤولية

= الموجبات على وجه عام، لأنواع الموجبات، وعرض في الباب الأول للموجبات المدنية والموجبات الطبيعية، والباب الثاني، للموجبات المختصة بعدة أشخاص، والباب الثالث للموجبات المتتابعة وغير المتتابعة، والباب الرابع للموجبات الايجابية والسلبية، والباب الخامس للموجبات الشخصية والعينية، والباب السادس للموجبات ذات المواضيع المتعددة، والباب السابع للموجبات التي تتجزأ والموجبات التي لا تتجزأ، والباب الثامن للموجبات الأصلية والموجبات الاضافية، والباب التاسع للموجبات الشرطية، والباب العاشر للموجبات ذات الأجل.

(١) انظر نبيل سعد، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن، منشأة المعارف، ١٩٨٥.

المدين عن تنفيذ التزامه في جميع أمواله، ولاستكمال بيان ماهية الالتزام يجب تحليل تلك الرابطة إلى عناصرها الأولية التي تتكون منها. وقد أثبتت الدراسات أن فكرة الالتزام لم تنشأ إلا باجتماع عنصرين، هما عنصر المديونية وعنصر المسؤولية. فالعنصر الأول، المديونية، يعبر عن الواجب الذي يفرض على الشخص القيام بأداء معيّن، سواء كان عملاً سلبيًا أو إيجابيًا، لمصلحة شخص آخر له حق تلقي هذا الأداء. وتنقضي المديونية بالوفاء الاختياري ولا تخول الدائن أية سلطة لقهر المدين على الوفاء[1].

أما العنصر الثاني، فبمقتضاه يكون المدين مسؤولاً عن تنفيذ دينه، أي رابطة المسؤولية هي التي تضمن للدائن حصوله على حقه، إذ إن جوهرها هو فكرة القهر والإجبار، فيكون للدائن أن يستأدي حقه قهراً[2].

بعد هذه المقدمة البسيطة نستطيع أن نقول إن الالتزام المدني هو الالتزام الذي يتحقق فيه عنصرا المديونية والمسؤولية. ولهذا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على تنفيذه، أي يمكن تنفيذه جبراً على المدين. وهذا هو الوضع العادي في الالتزام[3].

أما الالتزام الطبيعي، فإنه التزام قانوني، ولكن لا يتحقق فيه إلا عنصر المديونية فقط، دون عنصر المسؤولية، ولهذا لا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على تنفيذ التزامه، أي أنه لا يمكن تنفيذه جبراً على المدين. ومع ذلك فإن المدين يستطيع أن يقوم بتنفيذ الالتزام الطبيعي تنفيذاً اختيارياً، وفي هذه الحالة يعتبر الوفاء الذي يقوم به المدين وفاءً صحيحاً. ولا يعد تبرعاً. كما أنه لا يستطيع أن يسترد ما أداه طالما أنه عالم بأنه يوفي بالتزام طبيعي[4]. ومن أمثلة الالتزام الطبيعي: الالتزام المدني الذي ينقضي بالتقادم يتخلف عنه في ذمة المدين التزام طبيعي، والالتزام المتخلف في ذمة

(١) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠، ص ٢٤ وبصفة خاصة هامش ٢.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠، ص ٢٤، ٢٥.
(٣) انظر أستاذنا الدكتور توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٥. وانظر مادة ٢ موجبات وعقود لبناني وما بعدها.
(٤) قارن أستاذنا الدكتور جلال علي العدوي، مبادىء الالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، هامش ١ صفحة ٨، أصول الالتزامات الجزء الثاني، رابطة الالتزام، ١٩٨٧، ص ٢.

القاصر نتيجة لإبطال التزامه المدني بسبب نقص أهليته، والالتزام المتخلف في ذمة الورثة الذين أبطلوا هبة صادرة من مورثهم لعيب في شكل هذه الهبة.

٢ ـ الالتزام الشخصي والالتزام العيني:

تنقسم الالتزامات من حيث مدى ارتباطها بشخص المدين فيها ومن حيث المسؤولية عنها، إلى التزامات شخصية والتزامات عينية.

والالتزام الشخصي هو الالتزام العادي الذي يلتزم فيه المدين شخصياً ويكون مسؤولاً عن تنفيذ التزامه في جميع أمواله، أي تكون ذمته المالية جميعها ضامنة للوفاء بالتزامه.

أما الالتزام العيني فإنه يجب على المدين لا بصفته الشخصية وباعتبار مصدره قد توافر في جانبه شخصياً، وإنما بصفته صاحب حق عيني يتعلق به هذا الالتزام، وتنحصر المسؤولية عنه في العين محل هذا الحق دون باقي أموال المدني. ومثال الالتزام العيني ما ينص عليه القانون المدني المصري (م ٨١٣) على أنه «لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة». في هذه الحالة يقع الالتزام على المدين باعتباره مالكاً للأرض الملاصقة لملك الدائن وليس بصفته الشخصية، وتنحصر مسؤوليته عن هذا الالتزام في هذه الأرض. ومن ذلك أيضاً ما تنص عليه المادة ٨١٤/ ٢ من القانون المدني المصري من أنه «إذا لم يعد الحائط المشترك صالحاً للغرض الذي خصص له عادة، فنفقه إصلاحه أو تجديده على الشركاء بنسبة حصته فيه» وهنا أيضاً نجد أن المدين يلتزم بالنفقة باعتباره شريكاً في الحائط المشترك وليس بصفته الشخصية وتنحصر مسؤوليته في حدود حصته فيه[1].

٢ ـ الالتزام بإعطاء والالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل:

لهذا التقسيم أهمية خاصة سوف تتضح لنا عند دراستنا للموضوعات المختلفة

(١) انظر في تفصيل أكثر أستاذنا الدكتور مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام ١٩٨٥، فقرة ١٣ ص ١٥، ١٦. انظر لمادة ٥٢ موجبات وعقود لبناني.

لنظرية الالتزام. وقد جرى الفقه على تقسيم ثلاثي للالتزام، التزام بإعطاء، التزام بعمل، التزام بامتناع عن عمل. والفقه الحديث يقتصر غالباً على ذكر نوعين للالتزامات، الالتزام بعمل والالتزام بامتناع عن عمل. وذلك راجع إلى أن مضمون الأداء في كافة صور الالتزام لا يعدو أن يكون عمل يقوم به المدين، وقد يكون هذا العمل إيجابياً، وهذا هو الالتزام بعمل، وقد يكون هذا العمل سلبياً، وهذا هو الالتزام بالامتناع عن عمل. وعلى ذلك فالالتزام بإعطاء لا يعدو أن يكون التزاماً بعمل. إلا أنه للتبسيط سوف ندرس الأنواع الثلاثة للالتزام.

الالتزام بإعطاء هو الالتزام بنقل حق عيني على عقار أو منقول، أو الالتزام بإنشاء هذا الحق ابتداء[1]. ومثال ذلك التزام البائع أو الواهب بنقل ملكية الشيء المبيع أو الموهوب إلى المشتري أو الموهوب له. وقد يلتزم مالك عقار بإنشاء حق ارتفاق على عقاره لفائدة عقار آخر، أو يلتزم بإنشاء رهن عليه لمصلحة دائن. . إلخ. ومن صور الالتزام بإعطاء الالتزام بدفع مبلغ من النقود كالتزام المشتري بدفع الثمن والتزام المستأجر بدفع الأجرة. والتزام من تسبب بخطئه في الإضرار بغيره بتعويض المضرور نقداً، فالالتزام هنا محله نقل ملكية منقول، هو مبلغ من النقود إلى الدائن بائعاً أو مؤجراً أو مضروراً. غير أنه نظراً لما للنقود من طبيعة خاصة بوصفها أداة للتعامل، فإن الالتزام في هذه الحالة يختص بأحكام خاصة تميزه عن بقية صور الالتزام بإعطاء كما سنرى خلال دراستنا[2].

أما الالتزام بعمل هو الالتزام الذي يكون مضمونه قيام المدين بعمل إيجابي لمصلحة الدائن[3] كالتزام المقاول ببناء المنزل، والتزام المحامي برفع الاستئناف، والتزام الممثل بالتمثيل، التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة والقيام بالترميمات الضرورية.

الالتزام بالامتناع عن عمل هو الالتزام الذي يكون مضمونه عدم إتيان المدين

---

(١) وتعرف المادة ٤٦ موجبات وعقود لبناني الاعتراف بإعطاء بنصها على أن «موجب الأداء هو الذي يكون موضوعه، إما دفع مبلغ من النقود أو أشياء أخرى من المثليات، وإما إنشاء حق عيني» وتعرض المشرع لأحكام هذا الالتزام في المواد ٤٨ ـ ٤٩ موجبات وعقود لبناني.

(٢) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨، ص ٣٢.

(٣) وتعرفه المادة ٥٠ موجبات وعقود لبناني يقولها «موجب الفعل هو الذي يكون فيه المديون ملزماً باتمام فعل وخصوصاً القيام بتسليم ما.

لعمل معيّن يملك القيام به قانوناً[١]. من ذلك الالتزام بعدم المنافسة، والتزام الممثل بعدم التمثيل إلا في الأفلام التي تنتجها الشركة التي تعاقد معها طوال مدة التعاقد.

٤ ـ الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية:

يقوم هذا التقسيم على أساس أن لكل التزام هدفاً معيناً يرمي الدائن إلى تحقيقه. فهدف المشتري من الاتفاق مع البائع هو أن تنتقل إليه ملكية الشيء المبيع، وهدف صاحب العمل من الاتفاق مع المقاول هو أن يتم له البناء المتفق عليه، وهدف المريض من الاتفاق مع الطبيب هو تحقيق الشفاء. وعلى ذلك إذا تطابق الهدف من الالتزام مع مضمون التزام المدين فإن الالتزام يكون التزاماً بتحقيق نتيجة، وإذا لم يحدث هذا التطابق وإنما كان مضمون التزام المدين هو مجرد بذل الجهد لتحقيق هذا الهدف دون الالتزام بتحقيقه كان الالتزام التزاماً ببذل عناية. وتطبيقاً لذلك فإن التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه يتطابق مع الهدف الذي يسعى إليه الدائن، المشتري، من هذا الالتزام فيكون الالتزام التزاماً بتحقيق نتيجة، وبالمثل التزام المقاول يعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة. أما مضمون التزام الطبيب هو التزام بعمل وهو علاج المريض، ومضمون هذا الالتزام لا يتطابق مع الهدف الذي يسعى إليه الدائن، المريض، وهو الشفاء وعلى ذلك يكون الالتزام التزاماً ببذل عناية، أي يكون على الطبيب بذل العناية الواجبة في علاج المريض دون أن يكون ملتزماً بشفائه.

وعلى ذلك فمعيار التفرقة بين النوعين من الالتزامات يكمن في مدى اتصال الأداء الذي التزم به المدين بالغاية المرجوة من إنشاء الالتزام[٢]. فعند تطابق مضمون أداء المدين مع الغاية المرجوة من الالتزام يكون الالتزام التزاماً بتحقيق نتيجة، وعند عدم التطابق يكون الالتزام التزاماً ببذل عناية. ولا يفوتنا في هذا المجال أن نشير إلى أن تقسيم الالتزام إلى التزام بتحقيق نتيجة والتزام ببذل عناية قاصر فقط على الالتزام بعمل. أما الالتزام بإعطاء والالتزام بالامتناع عن عمل فهما دائماً التزام بتحقيق نتيجة. وأهمية التفرقة بين النوعين تتجلى في أنه إذا كان الالتزام التزاماً بتحقيق نتيجة، كالتزام

(١) وتعرفه المادة ٥١ موجبات وعقود لبناني بنصها على أن «الموجب السلبي هو الذي يكون موضوعه الامتناع عن فعل ما».

(٢) إسماعيل غانم. المرجع السابق، فقرة ١٩ ص ٣٣.

البائع بنقل الملكية وتسليم الشيء المبيع، وكالتزام المقاول بإتمام البناء، والتزام الناقل بتسليم البضاعة في البلد المتفق عليه، والتزام الفنان بالغناء أو التمثيل أو الرسم، فإن تنفيذ هذا الالتزام لا يتم إلا إذا تحققت النتيجة أو الغاية المقصودة.

أما إذا كان الالتزام التزاماً ببذل عناية، كالتزام الطبيب بالعلاج، والتزام المودع عنده بالمحافظة على الشيء المودع، والتزام الوكيل بإدارة أموال الموكل، والتزام المحامي بالدفاع عن حق موكله، فيكفي، لكي يتم تنفيذ هذا الالتزام، أن يقوم المدين ببذل العناية الواجبة سواء تحققت النتيجة المقصودة أو لم تتحقق، كما لو مات المريض، أو هلك الشيء المودع، أو أصيب الموكل بخسارة، أو خسر المحامي القضية. وبناءً على ذلك فإنه في الالتزام ببذل عناية لا يكفي لتحديد ما إذا كان المدين قد نفذ التزامه، أو لم ينفذه معرفة ما إذا كان الهدف المقصود قد تحقق أو لم يتحقق، بل يجب، إذا لم يتحقق الهدف المقصود، أن نقارن بين العناية التي بذلها المدين فعلاً والعناية التي كان يجب عليه أن يبذلها.

لكن يبقى السؤال الهام ما هو مقدار العناية الواجبة؟ القاعدة أنه «في الالتزام بعمل إذا كان المقصود هو المدين هو:

١ ـ أن يحافظ على الشيء.

٢ ـ أو أن يقوم بإدارته.

٣ ـ أو يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفّى بالتزامه إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غيره». «وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم»[1].

فمعيار العناية الواجبة، على ضوء هذه القاعدة، معيار موضوعي مجرد، ولا

---

(١) انظر نص المادة ٢١١ من التقنين المدني المصري، ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية، المادة ٢١٢ من القانون المدني السوري (مطابق)، والمادة ٢١٤ من القانون المدني الليبي (مطابق) والمادة ٢٥١ من القانون المدني العراقي (موافق) والمادة ٢٥٥ من قانون الموجبات اللبناني (موافق) والتي تنص على أنه «في بعض العقود وعلى وجه الاستثناء، لا يكون المديون مسؤولاً لمجرد عدم تنفيذه العقد بل يكون الحاق التبعة به موقوفاً على إرتكابه خطأ يجب على الدائن إثباته ويعين القانون درجة أهميته».

ينظر فيه إلى شخص المدين بالذات، فلا عبرة بالعناية التي اعتاد المدين أن يبذلها في شؤون نفسه وإنما العبرة بالعناية التي يبذلها الشخص العادي، قلت هذه العناية ـ إذا كان المدين شديد الحرص ـ أو زادت ـ إذا كان المدين أقل حرصاً من الشخص العادي ـ عن العناية التي اعتاد هذا المدين بالذات أن يبذلها.

والشخص العادي أو الرجل المعتاد هو شخص من أواسط الناس لا هو شديد الحرص ولا هو معتاد الاهمال. وتطبيقاً لهذا المعيار نأخذ مثال الطبيب، فلمعرفة ما إذا كان الطبيب قد نفذ التزامه بالعلاج أو لم ينفذه، على المريض أن يثبت أن الطبيب لم ينفذ التزامه فلم يبذل في علاجه العناية الواجبة. وليفصل القاضي فيما إذا كان الطبيب قد نفذ التزامه أو لم ينفذه، يحاول الإجابة عن السؤل الآتي، هل لو أن طبيباً عادياً في مثل تخصصه وجد في مثل ظروف هذا الطبيب بالذات، كان سيبذل من العناية ما بذله هذا الطبيب المعني أم لا؟ فإذا كان الإجابة بالإيجاب فإن الطبيب يكون قد نفذ التزامه حتى ولو لم تتحقق النتيجة، أي شفاء المريض، أما إذا كانت الإجابة بالنفي فإن الطبيب يكون مسؤولاً عن عدم تنفيذه لالتزامه لعدم بذله العناية الواجبة، عناية الطبيب العادي في مثل تخصصه. وفي كل حال يبقى الطبيب مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم.

ويتضح من قراءة النص السابق أن هذه القاعدة ليست مطلقة، ولكن قد ينص القانون في بعض الحالات، أو قد يتفق المتعاقدان، على مقدار من العناية أزيد أو أقل.

من الحالات التي ينص فيها القانون على مقدار من العناية أزيد من عناية الرجل العادي نص المادة ١/٦٤١ من التقنين المدني المصري، وهي خاصة بعقد العارية. فهذا العقد قد أبرم لمصلحة المستعير ولذلك يتشدد القانون في مقدار العناية التي يجب على المستعير أن يبذلها في المحافظة على الشيء، إذ يجب عليه أن يبذل «العناية» التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد».

ومن الحالات التي ينص فيها القانون على مقدار من العناية أقل من عناية الرجل العادي نص المادة ١/٧٠٤ من التقنين المدني المصري وهي تتعلق بعقد الوكالة بغير أجر، وهو عقد قصدت به مصلحة الموكل. ولذلك يتساهل القانون في مقدار العناية

الواجبة من الوكيل في تنفيذ الوكالة، فيكفي أن يبذل «العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد».

وفي غير هذه الأحوال التي ينص عليها القانون يجوز للمتعاقدين كذلك أن يتفقا على مقدار من العناية يختلف عن مقدار العناية الواجبة بمقتضى القاعدة السابقة. غير أنه لا يجوز أن يؤدي الاتفاق على التقليل من العناية الواجبة من المدين إلى حد إعفائه من المسؤولية في حالتي الغش والخطأ الجسيم[1].

ثالثاً: مصادر الالتزام

يقصد بمصدر الالتزام السبب القانوني الذي أنشأه. فعقد البيع هو مصدر التزام المشتري بدفع الثمن والتزام البائع بنقل ملكية وتسليم الشيء المبيع. وعقد الإيجار هو مصدر التزام المستأجر بدفع الأجرة، والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة. والعمل غير المشروع هو مصدر التزام من تسبب بخطئه في إحداث الضرر بالغير بالتعويض عن هذا الضرر وهكذا.

وقد نظم القانون المدني المصري وقانون الموجبات والعقود اللبناني مصادر الالتزام في فصول متعاقبة دون أن يلجأ إلى تقسيمها تقسيماً علمياً أو فنياً، حيث إن ذلك يخرج عن عمل المشرع ويدخل في نطاق اجتهاد الفقهاء والشراح. وهذه المصادر بحسب ترتيبها التي وردت به في القانون المصري هي على النحو التالي:

١ ـ العقد.
٢ ـ الإرادة المنفردة.
٣ ـ العمل غير المشروع.
٤ ـ الإثراء بلا سبب.
٥ ـ القانون[2].

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٩ ص ٣٥.
(٢) انظر عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جزء ١، ١٩٦٧، ص ٦٩، حيث أنه بعد أن قام بالتحليل التفصيلي لمصادر الالتزام، في كل من الفقه الإسلامي، وتقسيمها علمياً وفنياً، انتهى إلى أن مصادر الحقوق في الفقه الإسلامي، كما هي في فقه القانون المعاصر، لا =

وتنص المادة ١١٩ موجبات وعقود على أن «تنشأ الموجبات:

١ ـ عن القانون.

٢ ـ عن الاعمال غير المباحة (كالجرم أو شبه الجرم).

٣ ـ عن الكسب غير المشروع.

٤ ـ عن الأعمال القانونية (العقد والإرادة المنفردة كما نصت على ذلك المادة ١٤٧ موجبات وعقود).

= تعدو أن تكون مصدرين اثنين: التصرف القانوني، ويشمل العقد والإرادة المنفردة، والواقعة القانونية، وتشمل العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب.

الكتاب الأول
المصادر الإرادية
العقد ـ الإرادة المنفردة

وسوف نقتصر هنا على دراسة المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، على أن نتولى دراسة المصادر غير الإرادية في المجلد الثاني.

خطة الدراسة:

نظراً للمكانة الهامة التي يشغلها العقد من مصادر الالتزام، والدور الكبير الذي يلعبه في الحياة العملية، فإن دراستنا تتركز حول التعريف بالعقد، وبيان أركانه وشروط صحته، وآثاره، ثم نعقب ذلك بدراسة الإرادة المنفردة ـ وعلى ذلك فإن خطة الدراسة ستكون على النحو التالي:

الباب الأول: التعريف بالعقد.

الباب الثاني: تكوين العقد

الباب الثالث: آثار العقد

الباب الرابع: الإرادة المنفردة

الباب الأول
التعريف بالعقد

تمهيد وتقسيم: بطبيعة الحال فإنه قبل الخوض في تفصيل أحكام العقد يجب أن نقف على ماهية العقد وتحديد نطاقه وأساس قوته الملزمة ثم نعرض بعد ذلك لتقسيماته: ولذلك سنعالج في هذا الباب النقاط السابقة في فصلين على التوالي:

الفصل الأول: ماهية العقد وأساس قوته الملزمة.

الفصل الثاني: تقسيمات العقود.



الفصل الأول

ماهية العقد وأساس قوته الملزمة

وندرس في هذا الفصل على التوالي، تعريف العقد وتحديد نطاقه، ثم بعد ذلك نعرض لمبدأ سلطان الإرادة.

المبحث الأول: تعريف العقد وتحديد نطاقه

وفي هذا المبحث نعرض أولاً لتعريف العقد، ثم على ضوء هذا التعريف يمكننا أن نحدد نطاقه.

المطلب الأول: تعريف العقد

وفي هذا الصدد يجب أن نحدد أولاً، العلاقة بين العقد والاتفاق، ثم بعد ذلك نقف على التعريف المختار للعقد، وذلك حتى يتسنى لنا تحليله وبيان عناصره.

أولاً ـ الاتفاق والعقد: قد نشأت هذه التفرقة منذ وضع التقنين المدني الفرنسي حيث أنه في مادته ١١٠١ ينص على أن «العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أشخاص في مواجهة شخص أو أشخاص آخرين، بإعطاء شيء، أو القيام بعمل، أو بالامتناع عن عمل». كما نصت المادة ١٦٥ موجبات وعقود لبناني على أن «الاتفاق هو كل التئام بين مشيئة وأخرى لانتاج مفاعيل قانونية ـ وإذا كان يرمي إلى إنشاء علاقات الزامية سمي عقداً».

فهذه النصوص تجعل من الإتفاق جنساً والعقد نوعاً من أنواعه. فالاتفاق هو تلاقي إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر القانوني هو إنشاء التزام،

كما في البيع، أو نقله، كما في الحوالة، أو تعديله، كما في إضافة أجل جديد للالتزام، أو إنهائه، كما في الوفاء. أما العقد فهو أخص من الاتفاق، إذ هو اتفاق ينشىء التزاماً فقط.

وقد انتقد كثير من الفقهاء في فرنسا هذه التفرقة حيث إنها ليست لها قيمة عملية ولا يترتب عليها أية نتائج قانونية، ولذلك قد استقر الفقه في مجموعه على هجر هذه التفرقة واستعمال العقد والاتفاق كلفظين مترادفين[1]. وعلى ذلك يجب أن نعرض لتعريف العقد حتى يتسنى لنا الوقوف على العناصر المكونة له.

ثانياً ـ تحديد المقصود بالعقد: يمكن تعريف العقد بأنه، تلاقي إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية، سواء كانت هذه الآثار هي إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه.

ومن هذا التعريف يتضح لنا أهم عناصره:

١ ـ أن العقد عبارة عن تلاقي إرادتين، وهذا هو جوهر العقد ومناط وجوده. وعلى ذلك فلا يكفي أن تتجه إرادة واحدة إلى أمر معين، بل يجب أن تتلاقى هذه الإرادة مع إرادة الطرف الآخر. ومن هذا التلاقي ينشأ التراضي الذي يمثل جوهر كل اتفاق.

وبطبيعة الحال لا يشترط أن يتم تلاقي الإرادتين على كل الشروط التفصيلية للعقد وإنما يكفي الاتفاق على المسائل الجوهرية. فمثلاً عقد البيع يلزم أن تتلاقى

---

(١) انظر J. Flour. J.L. Aubert, op, cit. vol. I. No. 80 P 57 et 58.

J. Carbonnier, Droit civil. Les obligations, 1979, No. 7 p. 40.

A. Weil, F. Terré Droit civil. les obligations. 1986, No. 23 P. 25.

J. GHESTIN, Traité de Droit civil, les obligation, le contrat, 1970, No. 5 P. 4. B. Starck. op. cit. No. 1009, 339, Comp. Ph. Malauric, L. Aynès, op. cit., No. 224. P. 159.

وقد اتبع المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري هذا النهج حيث إنه نص في مادته ١٢٢ على أن «العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها». وإذا كان هذا النص قد حذف في المشروع النهائي فإنه لم يقصد بهذا الحذف هو الرجوع إلى التفرقة بين الاتفاق والعقد، وإنما يعبر عن سياسة تشريعية عامة جرت عليها لجنة المراجعة وهي تجنب الإكثار من التعريفات حيث إن التعريف أقرب إلى عمل الفقيه منه إلى عمل المشرع.

الإرادتين على الشيء المبيع والثمن، أما مكان وزمان التسليم ونفقاته فيمكن الاتفاق عليهم فيما بعد، وإن لم يتفق على هذه المسائل التفصيلية فهناك قواعد مكملة تحكمها. كل هذا ما لم يتبين من إرادة الأطراف تعليق قيام العقد ذاته على الاتفاق على هذه المسائل التفصيلية، وفي هذه الحالة لا ينعقد العقد إلا بعد الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية والتفصيلية.

كما يلزم ألا يكون هناك أي غلط أو لبس حول طبيعة العقد، فمثلاً إذا اتجهت إرادة أحد الأطراف إلى إعطاء شخص شيء معيّن على سبيل العارية واتجهت إرادة الطرف الآخر إلى أن هذا الشيء قد أعطى له على سبيل الهبة، فإن العقد لا يقوم من أساسه وذلك لعدم تلاقي الإرادتين، وذلك على النحو الذي نراه تفصيلاً فيما بعد.

٢ ـ يجب أن يكون تلاقي إرادة المتعاقدين على ترتيب آثار قانونية: فلا يكون هناك عقد إذا كان الاتفاق لم يستهدف هذه الغاية. وهذه أيضاً مسألة وقائع يقدرها القاضي على ضوء الظروف الملابسة للاتفاق.

وبناءً على ذلك فإن تصرفات المجاملة لا تنشىء عقوداً لأنها لا ترتب آثاراً قانونية. فدعوة صديق للغداء وموافقته على ذلك لا تنشىء عقداً بين الداعي والمدعو. وكذلك بالنسبة للخدمات المجانية فإنها لا تنشىء عقوداً، ما دامت الإرادة لم تتجه إلى الالتزام قانوناً. فالصديق الذي يدعو صديقاً له لنزهة في سيارته ويوافق الصديق على ذلك، أو الطبيب الذي يعالج صديقاً له دون أجر، لا تتجه إرادة أي منهما إلى إنشاء رابطة قانونية عن طريق التعاقد.

على أنه يجب أن يراعى في هذا الصدد أن استخلاص نية إنشاء الالتزام مسألة موضوعية تختلف باختلاف الظروف. ولا يكفي في ذلك الاعتداد بالصفة المجانية للالتزام، فدعوة صديق لتناول الطعام لا تنشىء التزاماً قانونياً، ولكنها تكون كذلك إذا تعهد بها صاحب العمل للعامل الذي يعمل في مصنعه[1].

المطلب الثاني ـ نطاق العقد

والمقصود بنطاق العقد هو بيان مجال العقد بالمعنى المفهوم في القانون الخاص،

---

(١) انظر في تفصيل ذلك إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥.

والذي يخضع للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد.

ويتحدد نطاق العقد في هذا الصدد بأمرين:

١ ـ الطبيعة المالية للأداء الملقى على عاتق المدين.

٢ ـ وأن يكون الاتفاق في دائرة القانون الخاص.

أولاً ـ الطبيعة المالية لأداء المدين: ما دمنا بصدد معاملات مالية، فالمفهوم بداهة أن دراستنا تقتصر على ألعقد الذي ينشىء التزامات يكون أداء المدين فيها مالياً. ولذلك يخرج من معنى العقود والاتفاقات التي تقع في دائرة القانون الخاص العقود والاتفاقات التي تكون متعلقة بالأحوال الشخصية، كالزواج، والتبني بالنسبة للدول التي تعتد به[١].

غير أنه لا يشترط في العقد أن تكون المصلحة التي يتوخاها الدائن من العقد مصلحة مالية بل يكفي أن يكون مضمون الأداء الذي يلتزم به المدين ما يمكن تقديره بالنقود وفقاً للاعتبارات السائدة في المجتمع وقت الاتفاق، ولو كانت المصلحة التي توخاها الدائن من ذلك الاتفاق مصلحة أدبية بحتة. وبذلك يدخل في معنى العقد اتفاق الفنان مع شخص آخر على أن يرسم له صورة. فأداء الفنان هنا مما يقبل التقدير المالي، ولا يهم أن تكون مصلحة الدائن، وهي الحصول على لوحة لصورته مصلحة غير مالية. ومن هذا القبيل أيضاً العقود التي تنعقد بين جمهور الناس ودور السينما والمسرحو الملاهي، والعقد الذي يعقده صاحب المنزل مع بستاني يتعهد برعاية حديقته[٢].

ثانياً ـ أن يكون الاتفاق في دائرة القانون الخاص. وبذلك يخرج عن نطاق العقد بالمعنى الذي نقصده، الاتفاقات الواقعة في دائرة القانون العام. فالاتفاق الدولي الذي ينعقد بين الدول يخضع للقانون الدولي العام. والعقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة مع الأفراد يخضع للقانون الإداري. وذلك كعقد التزام المرافق العامة. والأشغال العامة.

---

(١) انظر أستاذنا شمس الدين الوكيل، مبادىء القانون الخاص، ١٩٦٥ م، فقرة ١٧٢ ص ٢٧٣، ٢٧٤. قارن عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٧٧ م، فقرة ٣١ ص ٤٤، ٤٥.

(٢) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥ ص ١٥، ١٦، شمس الدين الوكيل المرجع السابق، فقرة ١٧٢، ص ٢٧٤.

ويلاحظ في هذا الشأن أن هناك عقوداً تبرمها الدولة بوصفها شخصاً عادياً تعتبر في حكم الأفراد، وتخضع لأحكام القانون المدني، كعقد إيجار أو بيع مال من أموال الدولة الخاصة. كما يجب أن يلاحظ أن النظرية العامة للعقد لها تأثير كبير على تنظيم المعاهدات الدولية والعقود الإدارية.

خاتمة المبحث: تعريف العقد في الفقه الإسلامي: يذهب فقهاء الشريعة الأقدمون في مجموعهم إلى إطلاق لفظ العقد على كل تصرف من شأنه أن يرتب أثراً شرعياً، سواء كان التصرف يقوم على إرادتين، أو كان يقوم على إرادة واحدة. لكن أغلب فقهاء الشريعة المعاصرين يقصرون اصطلاح العقد على التصرف القائم على إرادتين. ولذلك فإن تعريف العقد في الفقه الإسلامي لا يختلف كثيراً عن تعريفه في فقه المعاصر. وتعريف العقد في الفقه الإسلامي هو «ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه»[(١)].

المبحث الثاني - أساس القوة الملزمة للعقد

مبدأ سلطان الإرادة

يهيمن على نظرية العقد مبدأ تقليدي هام، هو مبدأ سلطان الإرادة Le Principe de l'autonomie de la Volonté وهذا المبدأ هو نتاج الفلسفة السياسية الفردية في القرن الثامن عشر، والحرية الرأسمالية في الاقتصاد التي بلغت أوجها في القرن التاسع عشر.

ونعرض لمبدأ سلطان الإرادة في مطلبين على التوالي:

المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة ومداه.

المطلب الثاني: تقدير مبدأ سلطان الإرادة.

(١) انظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٥ ص ٣٨، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٣٠ ص ٤٢، وأستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، ١٩٦٦ م، ص ٣٩٩ وما بعدها. وانظر التعريف الوارد في القانون الكويتي م ٣١، والقانون الأردني م ٨٧، والقانون العراقي م ٨٣.

المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة ومداه[1]

مبدأ سلطان الإرادة يعبر عن فقه الفلسفة القانونية التي كانت سائدة في أعقاب الثورة الفرنسية. ومقتضى هذا المبدأ أن الالتزام العقدي، يرتكز على إرادة المتعاقدين فقط. فهذه الإرادة هي التي تحدد في الوقت نفسه مصدر ونطاق الحقوق والالتزامات التي تم التعبير عنها. بل يذهب أنصار هذا المبدأ إلى أبعد من ذلك ويروا أنه، حتى في خارج نطاق العقد، يجب أن يقوم كل التزام على الإرادة، وبدون ذلك فلا قيمة له.

وهذا المبدأ وإن كان يعبر عن صياغة فقهية، حيث إن التقنين المدني الفرنسي لم يعرض له مباشرة، إلا أنه يستفاد ضمناً من نصوص هذا التقنين. وعلى ضوء ذلك يجب أن نعرض أولاً لنطاق المبدأ، ثانياً: أساس المبدأ.

أولاً: نطاق المبدأ

القول بأن للإرادة سلطان يعني أن كل شخص حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد وهذه نتيجة منطقية وبديهية خاصة عند صدور التقنين المدني الفرنسي، وبالتالي لا تستدعي الوقوف عليها طويلاً. ولكن الأكثر أهمية هو بيان دور الإرادة في تكوين العقد وتحديد آثاره.

١ - مبدأ سلطان الإرادة وتكوين العقد:

فدور الإرادة، باعتبارها مصدراً منشئاً للالتزام، يظهر بوضوح سواء فيما يتعلق بإبرام العقد وفيما يتعلق بمضمونه.

أ - فبالنسبة لإبرام العقد - مبدأ الرضائية: أن النتيجة المباشرة والطبيعية لمبدأ سلطان الإرادة في نطاق إبرام العقود هو مبدأ الرضائية. ومقضتى هذا المبدأ أنه يكفي لإبرام العقد مجرد التراضي دون اشتراط أي شكل أو إجراء آخر. وقد حدا ذلك بالفقهاء التقليديين بأن يعتبروا ما يتطلبه القانون، في بعض

---

(١) انظر المرجع الفرنسي السابق الإشارة إليها، ص ٢٦ هامش ١، وبصفة خاصة أستاذنا

J. FLOUR, et J.L. AUBERT Op. cit., No 5 94 et s. P. 68 et s.

الحالات الاستثنائية، من شكل معيّن أو إجراء معيّن لإبرام العقد من قبيل الأمور الشاذة. وتنص المادة ٣/١٧١ على أن «الأساس تتكون العقود بمجرد رضى المتعاقدين الاختياري فلا يتحتم إبرازها في أية صيغة رسمية إلا بمقتضى نص من القانون يوجب استعمالها».

ب ـ **أما بالنسبة لمضمون العقد ـ مبدأ الحرية التعاقدية**: فمبدأ سلطان الإرادة يقتضي أن يكون للأطراف مطلق الحرية في تحديد مضمون العقد، بمعنى أنهم أحرار في تحديد حقوقهم والتزاماتهم الناشئة عن العقد[١].

ويترتب على مبدأ الحرية التعاقدية عدة نتائج:

أولاً: إن الأفراد أحرار فيما ينشئونه من عقود، وبالتالي فإن عدد وأنواع هذه العقود التي يمكن أن تبرم في الحياة العملية لا تخضع لتحديد ولا لتعديد.

ثانياً: أن القاضي عندما يقوم بتقدير صحة عقد ما فإنه ينبغي عليه ـ من حيث المبدأ ـ ألا يدخل في اعتباره أي عنصر أجنبي على الإرادة. فما أراده المتعاقدين هو وحده الذي يلزمهم.

ثالثاً: ذهب الفقهاء التقليديون إلى ضرورة تفسير مبدأ عدم مخالفة العقود للنظام العام أو الآداب تفسيراً ضيقاً لأنه يشكل اعتداء على مبدأ أساسي وهو مبدأ الحرية التعاقدية.

وكثيراً ما يقع الخلط بين مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية ومبدأ الحرية التعاقدية. ولكن يجب أن نقر أن المبدأ الأساسي هو مبدأ سلطان الإرادة وأنه ينتج وينشأ عنه هذان المبدآن.

٢ ـ مبدأ سلطان الإرادة وآثار العقد

إن كان الأفراد أحراراً في إبرام وتحديد شروط العقد، فذلك لأنهم هم وحدهم الذين يلتزمون به. هذا ما يجرنا إلى الحديث عن مبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ نسبية

---

(١) وتنص المادة ١٦٦ موجبات وعقود لبناني على «أن قانون العقود خاضع لمبدأ حرية التعاقد فللأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤون بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة الزامية».

أثر العقد باعتبارهما انعكاساً لمبدأ سلطان الإرادة في نطاق آثار العقد.

أ ـ آثار العقد فيما بين المتعاقدين: التفسير والقوة الملزمة للعقد. كنتيجة طبيعية لمبدأ سلطان الإرادة فإن تفسير العقد يقف عند تفسير الإرادة المشتركة للمتعاقدين. فعندما تكون عبارة العقد غامضة أو غير واضحة أو ناقصة فإن القاضي، في هذه الحالة، لا يمكنه أن يدخل على هذا العقد الآثار التي يعتقد أنها أكثر عدلاً أو أكثر فائدة وإنما يستخلص الآثار التي تبدو له أنها تقابل أكثر للإرادة المفترضة للمتعاقدين.

من ناحية أخرى نجد أن مبدأ سلطان الإرادة يملي مبدأ القوة الملزمة للعقد فما قرره المتعاقدون يلزمهم، بصفة نهائية في حدود ما أرادوه. فالعقد شريعة المتعاقدين لا يجوز لهم نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو وفقاً لما يقرره القانون من أسباب (م ١٤٧/ ١ مدني مصري) كما لا يجوز للقاضي تعديل ما اتفق عليه الأطراف بحر إرادتهم. وتنص المادة ٢٢١/ ١ موجبات وعقود لبناني على أن «العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين».

ب ـ مبدأ الأثر النسبي للعقد: وطبقاً لهذا المبدأ فإن العقد، وقوامه تراضي الطرفين لا ينشىء علاقة التزام إلا بين الطرفين اللذين تراضيا على إنشاء هذه العلاقة، وبالتالي فلا ينشىء في ذمة الغير التزاماً ولا يكسبه حقاً. وهذا المبدأ يعتبر نتيجة طبيعية لمبدأ سلطان الإرادة.

وإذا كان الخلف العام لا يعتبر من الغير بالنسبة للعقد الذي يبرمه السلف، لذلك ذهب الفقه التقليدي إلى إزالة هذا التناقض الظاهر على أساس أن الخلف العام ليس إلا امتداد لشخصية سلفه. أما بالنسبة للخلف الخاص فإنه يبقى أجنبياً عن العقد الذي يبرمه السلف.

ثانياً ـ أساس مبدأ سلطان الإرادة

إذا كان العقد شريعة المتعاقدين، بمعنى أنه يرتكز أساساً على إرادة الطرفين، فإنه ينبغي أن تكون هناك أسباب أخرى تدعمه وتقويه على الأقل في نظر واضعي التقنين المدني الفرنسي.

ولذلك ذهب الفقه التقليدي إلى أن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على أساس فلسفي، وأساس اقتصادي.

١ ـ الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة

والأساس الفلسفي يقوم على فكرتين فلسفيتين، فكرة الحرية الطبيعية للإنسان، وفكرة العقد الاجتماعي.

أ ـ مبدأ سلطان الإرادة والحرية الطبيعية للإنسان: من الناحية الفلسفية فإن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على اعتقاد راسخ بأن هناك حرية طبيعية للإنسان. فالقاعدة القانونية لها ارتباط وثيق بالفلسفة التي كانت سائدة في القرن الثامن عشر. وقد كانت الفلسفة السائدة في هذا القرن تقوم على تأكيد ما للأفراد من حقوق في مواجهة الدولة، وقد أدى ذلك إلى إعلان حقوق الإنسان عام ١٧٨٩ م.

فالمجتمع لا بد له من أن يقر للإنسان بأكبر قدر من الحقوق وأن يكرس الحرية التي تخصه بصفة طبيعية. ومبدأ سلطان الإرادة ليس إلا أحد الوجوه الخاصة لهذه الفلسفة العامة. ومن هذه الحرية التي أقرت كمبدأ عام ينشأ نتيجتان: فمن ناحية، فإن الإنسان لا ينبغي أن يخضع إلا للالتزامات التي ارتضاها، ومن ناحية أخرى، أن كل ما يرتضيه من التزامات يفرض عليه. فالإنسان كائن حر، هذا يعني أنه يستطيع أن يقيد بنفسه هذه الحرية عن طريق ما يبرمه من عقود، فلا توجد حرية حقيقة ما لم تتضمن سلطة ذاتية لتحديدها. فالإنسان الحر يستطيع أن يقيد نفسه بنفسه.

ب ـ مبدأ سلطان الإرادة والعقد الاجتماعي: ونظرية العقد الاجتماعي ليست إلا وجهاً آخر لهذه الفلسفة. فنظرية العقد الاجتماعي تعتبر حقيقة تاريخية، عند البعض، وتعتبر تبريراً عقلياً ومنطقياً للاجبار الذي تفرضه الحياة في المجتمع، عند البعض الآخر. وعلى أي حال فإن هذه النظرية لها صدى أيضاً في نطاق القانون الخاص. وهذه النظرية ترى أن الإنسان يقبل العيش في المجتمع، بما يفرضه عليه ذلك من حقوق والتزامات، بإرادته، ولا يمكن أن يتصور غير ذلك.

ونظرية العقد الاجتماعي تعتبر سنداً قوياً لمبدأ سلطان الإرادة. فإذا كانت الإرادة الإنسانية لها القوة الكافية لإنشاء المجتمع وما ينشأ عن ذلك من التزامات عامة، فإنه

يكون لها ذلك من باب أولى في إنشاء الالتزامات الخاصة التي تربط بين دائن ومدين.

٢ ـ الأساس الاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة

ويقوم الأساس الاقتصادي على فكرتين أساسيتين: ارتباط مبدأ سلطان الإرادة بالحرية الاقتصادية، وارتباط الحرية التعاقدية بالمنفعة الاجتماعية.

أ ـ مبدأ سلطان الإرادة والحرية الاقتصادية ـ الحرية التعاقدية والعدالة: مبدأ سلطان الإرادة ليس إلا انعكاساً لسياسة الحرية الاقتصادية في نطاق القانون الخاص. وهذه السياسة، التي تأكدت خلال القرن الثامن عشر والتي كانت تتضمنها تشريعات الثورة الفرنسية، وتقوم على مبدأ أساسي وهو «دعه يعمل دعه يمر» Laisser Faire et Laisser Passer. الفكرة الأساسية لسياسة الحرية الاقتصادية تكمن في السماح للأشخاص بتبادل الثروات والخدمات بمحض اختيارهم. وترجمة ذلك في نطاق القانون هو السماح للأشخاص بأن يتعاقدوا كما يشاءون وبمحض إرادتهم. وهذه هي خير وسيلة لقيام علاقات أكثر عدلاً فيما بين هؤلاء الأشخاص، وكذلك أكثر فائدة من الناحية الاجتماعية.

فحيث يلتزم المدين فإن ذلك يكون نتيجة ما أبرمه من عقد محققاً لمصالحه. فليس هناك أي إنسان عاقل يرتضي اتفاقاً يسبب له ضرراً. أما بالنسبة للالتزام المفروض على الشخص فهناك احتمال أن يكون جائزاً بالنسبة له، أما الالتزام الذي ارتضاه لا يمكن أن يكون كذلك في نظرهم. ومن وجهة نظر هذه الفلسفة فإن الغبن لا يمكن أن يتصور في العقود. وقد صاغوا ذلك في عبارة وجيزة لها دلالة كبيرة «فمن قال عقد قال عدل».

ب ـ الحرية التعاقدية والمنفعة الاجتماعية: فبالنسبة للمنفعة الاجتماعية فأنصار الحرية الاقتصادية، يعتقدون أن حرية المبادرات الفردية كفيلة بأن تحقق تلقائياً الإزدهار والتوازن الاقتصادي. فقانون العرض والطلب ـ والذي يفترض قيام سوق المنافسة الكاملة ـ وبالتالي الحرية الاقتصادية، ليس كفيلاً بأن يطوع الثمن للقيمة فحسب وإنما أيضاً يطوع الإنتاج للحاجات. هذا يعني ببساطة بأن هناك آلية اقتصادية Automatisme économique انسجاماً طبيعياً L'harmonie naturelle هذا ما جعل باستيا Bastiat يمجده فيما بعد في كتابه Les harmonies économiques.

ومن هذا المنطلق فإن المصلحة العامة ليست إلا مجموع المصالح الخاصة أو الفردية. فالحرية الاقتصادية تقوم، بصفة أساسية، على اعتقاد قوامه أن الأفراد في سعيهم لتحقيق مصالحهم الشخصية، وهم في ذلك أحرار، يقومون في الوقت نفسه، بدون قصد، بخدمة المجتمع.

المطلب الثاني: تقدير مبدأ سلطان الإرادة

وفي هذا الحال يجب أن نقيّم كلاّ من الأساس الفلسفي والاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة، ثم بعد ذلك نعرض لمصير مبدأ سلطان الإرادة.

أولاً: انتقاد مبدأ سلطان الإرادة

وهـذا الانتقـاد ينصـبّ أسـاسـاً علـى الأسـاس الفلسفـي والاقتصـادي لمبـدأ الإرادة.

١ ـ انتقاد الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة

ويمكن رد الانتقادات الموجهة إلى الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة إلى فكرتين أساسيتين:

أ ـ فساد المقدمات التي يقوم عليها الأساس الفلسفي:

فالفكرة التي تقوم على أساس أن للإنسان حرية طبيعية سابقة لوجوده في المجتمع تقوم على افتراض يخالف الواقع والحقيقة. فالإنسان المنعزل لم يكن له وجود في الواقع، وإنما كان له وجود فقط في مخيلة الفلاسفة والمفكرين. فالإنسان الحقيقي والوحيد الذي ذكره المؤرخون هو الإنسان الذي يعيش في مجتمع. ففي كل مكان حقوق الجماعة كانت سابقة على حقوق الأفراد.

وبالنسبة لنظرية العقد الاجتماعي فإنها تعتبر غير صحيحة من حيث إنها تؤكد على الحقيقة التاريخية لهذا العقد. كما أنها تعتبر غير صحيحة أيضاً من حيث تفسيرها، لشرعية السلطة، وادعائها بتفسير العلاقة فيما بين الفرد والمجتمع. فخير الإنسان لا يمكن بلوغه إلا بالمجتمع والعيش فيه. فالمجتمع أمر طبيعي بالنسبة

للإنسان، فبدونه لا يمكن لكل إنسان أن يفرض احترام مصالحه الأساسية سواء كانت مادية أو معنوية.

ب ـ استحالة الاعتراف بفعالية قانونية لتصرف الإرادة لمجرد اعتبارها كذلك:

فمن الثابت أن الحرية لا يمكن أن تكون مطلقة. فمن أجل خير الفرد هناك بعض الالتزامات يجب أن نفرضها عليه.

فالتصرف الإرادي لا ينبغي أن يكون له فعالية في حد ذاته وبغض النظر عن محتواه ومضمونه. فالإنسان ليس له الحق في أن يرغب ما يشاء وفي سبيل ما يشاء، لكن ينبغي عليه أن يريد ما يشبع حاجاته المشروعة فقط. فالمشرّع والقاضي ينبغي أن يكون لهما سلطة التحقق من أن العقد يتفق مع المصلحة العامة، ويوفق بطريقة عادلة بين المصالح الخاصة. بمعنى آخر مراقبة ما يريده الأطراف ولماذا أرادوه؟

فالعدالة فوق الحرية، ولذلك يجب ألا تترك للحرية الحق في تجاوز ما يحقق التوازن بين مصالح الأفراد أو الاصطدام مع المصلحة العامة.

فمبدأ سلطان الإرادة ليس إذن غاية في ذاته، وليس له قيمة في ذاته، ولكن مجرد وسيلة لخدمة القيم العليا، العدالة والمصلحة العامة.

٢ ـ انتقاد الأساس الاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة:

وعلى ضوء ما تقدم نستطيع أن نقول إن الحرية لم تعد غاية مقصودة في ذاتها وإنما تبقى كوسيلة فنية جيدة لتنظيم الحياة في المجتمع. ولن يبقى لنا إلا التحقق من مدى صحة المسلّمات التي تقوم عليها فلسفة الحرية الاقتصادية.

أ ـ إمكانية التناقض بين الحرية التعاقدية والعدالة:

فالقول بأن الحرية التعاقدية تحقق تلقائياً التوازن المشروع للأداءات، يفترض أن هناك تنازلاً متبادلاً بين الأطراف، أي يكون هناك مساواة بينهم تسمح لهم بالمفاوضة والنقاش. ففي ظل هذه الظروف فقط يمكن للطرف الذي لا يحصل عمّا يعتقده عدلاً أن يقطع المفاوضات ويبحث عن الأحسن في مكان آخر. هذه المسلّمة البديهية تتضمن الاعتقاد بأن هناك مساواة طبيعية بين الأفراد، وهذا ما كان يعتقده الفقهاء التقليديون.

وكما هو واضح أن الأمر يعتبر في غاية التجريد. وهو اعتبار أن الأفراد متساوون تماماً في الواقع، واعتبارهم كذلك بصفة خاصة في نطاق التعاقد، لكن في الحقيقة أن الأمر لا يسير على هذا المنوال، فأحد المتعاقدين مثلاً، قد تجبره الضرورة المادية على إبرام العقد، بينما الآخر يستطيع أن ينتظر. ففي مثل هذه الحالة ينبغي على الأول أن يسلّم بشروط الثاني، فعدم المساواة في الظروف تستبعد كل مناقشة أو تنازل. وغياب المفاوضة والمناقشة لشروط التعاقد يمنع بدوره أن تكون الأداءات متوازنة بطريقة عادلة. فالأقوى أو الأكثر مهارة يملي قانونه على الأضعف والأقل مهارة.

ـ تزايد حالات عم المساواة: عند وضع التقنيات الفرنسية، لم تكن صور عدم المساواة واضحة أو ملفتة لنظر المفكرين الاقتصاديين، لأنها كانت قاصرة على العلاقة بين الأفراد. في القرن التاسع عشر، وبصفة خاصة على إثر التمركز الصناعي والتجاري الناشيء عن الانطلاقة الاقتصادية التي لم يسبق لها مثيل فإن صور عدم المساواة أصبحت أكثر عمقاً ووضوحاً، وأخذت أشكالاً جديدة. فأصبح الأمر يتعلق حينئذ بعدم مساواة في القوى الاقتصادية، بين مجموعات اجتماعية واقتصادية وبين فئات من المتعاقدين. وقد كانت النتيجة الطبيعية لذلك هي استحالة المفاوضات أو المناقشات في نطاق العقد. وتظهر هذه الاستحالة بصفة خاصة عندما يتعاقد الشخص مع الشركات العملاقة والتي تحتكر السلعة أو الخدمة، بحكم الواقع أو بحكم القانون. بل وخارج نطاق هذا الاحتكار، فإن تفوّق أحد الأطراف على الآخر بدا واضحاً في القرن التاسع عشر في نطاق الصناعات الكبيرة، فمثلاً أي شروط يستطيع أن يناقشها العامل مع صاحب العمل؟

وقد كان لهذا الواقع انعكاسه في نطاق القانون فظهرت فكرة عقود الإذعان. فأحد الأطراف ليس أمامه الخيار فله أن يقبل بكل الشروط المقترحة عليه أو رفضها كلها دون أدنى حرية في مناقشتها، كما أنه ليس هناك أمامه أي أمل في أن يجد أحسن منها في مكان آخر، وبهذا قد قفل أمامه كل باب للحرية المدعاة. ففي الواقع الإنسان لا يستطيع أن يعيش دون أن ينتقل من مكان إلى آخر، أو دون تأمين أو دون عمل، فعقود الإذعان قد فرضت عليه. وعلى ضوء مثل هذه الظروف فماذا بقي من المسلّمة الأولى للحرية الاقتصادية؟ فما هي الحرية بين الأطراف ليست إلا حرية اسمية، فهي لا تخفي في الحقيقة إلا عدم مساواة حقيقة وتامة. فالحرية التعاقدية المدعاة ليست إلا

سلطة لأحد الأطراف في أن يفرض على الطرف الآخر شروطه الجائرة، كيوم عمل طويل جداً من أجل أجر منخفض جداً. فلا يوجد حرية حقيقية طالما أنه لم توجد المساواة.

فعندما أكد Fauillée بأن «من قال عقد قال عدل» قد كتب اهرنج Ihring في هذا الصدد «أن القول بأن اتفاق الإرادتين يكون بالضرورة عادلاً، معناه إعطاء رخصة صيد للقراصنة ورجال العصابات، مع منحهم الحق في أخذ كل ما تقع عليه أيديهم». وقد قيل بحق أيضاً إنه «بين القوي والضعيف، الحرية تستعبد، والقانون هو الذي يحرر». فما يصدق بالنسبة للمراكز المتساوية، لا يصدق بالنسبة للمراكز غير المتساوية.

ب - إمكانية التناقض بين الحرية التعاقدية والمصلحة الاجتماعية:

ليس صحيحاً، طبقاً للبديهية الثانية للفلسفة الليبرالية، أن الحرية التعاقدية تؤدي دائماً إلى نتائج تتفق والمصلحة الاجتماعية.

فقد كان الاعتقاد سائداً بأن المصلحة العامة ليست إلا مجموع المصالح الخاصة. فقد لوحظ أنه إذا ما ترك الأفراد وشأنهم فإنهم لا يتوجهون بالضرورة نحو النشاطات الأكثر فائدة أو نفعية للمجتمع ولكن نحو النشاطات الأكثر عائداً وأربحية.

كما أنه اعتقد في آلية التوازن الاقتصادي، وبصفة خاصة ما يؤدي إليه قانون العرض والطلب من تطويع الثمن للقيمة والإنتاج للحاجات. وهذا كله مشروط بضرورة توافر سوق المنافسة الكاملة. ولكن لوحظ أن الأمور لم تكن تسير على هذا المنوال إذ كثيراً ما قامت التحالفات والاتفاقات بين التجار على السعر والنوع مما أدى إلى اختفاء المنافسة. وأصبح من المستقر عليه أن الحرية الاقتصادية يمكن أن تدمر نفسها بنفسها، كما أنها لم تعد تحقق ما كان منتظراً منها من تحقيق التطور المتناسق للإنتاج والمبادلات.

ولكن كل هذا يجب ألا يقودنا إلى الاعتقاد بأن حرية الإرادة لم يعد لها دور، وإنما ذلك يلفت الانتباه فقط إلى أنها لم يعد لها السيادة المطلقة. فالحرية التعاقدية، بصفة خاصة، ما زالت هي المبدأ والأصل لأنها تؤدي غالباً إلى نتائج عادلة ومفيدة، كل ما هنالك ينبغي أن ترد عليها بعض القيود عن طريق التنظيم الآمر، وخاصة عندما لا تحقق التوازن بين المصالح الخاصة أو أنها لا تتفق مع المصلحة العامة.

جـ ـ إمكانية التعارض بين القوة الملزمة للعقد والعدالة أو المصلحة الاجتماعية:

قد يتعرض عقد من العقود أثناء تنفيذه، لعدم توازن فادح بين الالتزامات نتيجة تغير مفاجىء في الظروف الاقتصادية، كارتفاع كبير في الأسعار نتيجة لحرب مثلاً، فهل من العدالة، في عقد توريد مبرم لمدة طويلة، أن يثبت الثمن عند قيمة محددة مهما تغيرت الظروف؟ وهل مثل هذه الحلول تتفق مع المصلحة العامة في الوقت الذي تؤدي فيه إلى إفلاس كثير من المتعاقدين؟

في مثل هذه الأمور يبدو طبيعياً ألاّ تقف القوة الملزمة عقبة في سبيل إعادة التوازن بين مصالح الطرفين وأن يعيد القاضي الالتزام المرهق إلى لحد المعقول. أليس هذا اعتداء على القوة الملزمة للعقد والتي تعتبر إحدى ركائز مبدأ سلطان الإرادة؟

ثانيا: انحسار مبدأ سلطان الإرادة

كما سبق أن رأينا أن مبدأ سلطان الإرادة في صورته المطلقة والتي تتسم بالمغالاة قد اصطدم بواقع الحياة الاقتصادية والاجتماعية. كما أنه ثبت عدم صحة المسلّمات والمرتكزات، على إطلاقها، والتي يقوم عليها هذا المبدأ.

وقد حان الوقت الآن لنعرض لرد فعل كل من الفقه والقضاء، وكذلك لرد فعل المشرع عن طريق تدخله بتشريعات جديدة لتقلب موازين المفاهيم السابقة.

١ ـ رد فعل كل من الفقه والقضاء

وتتفاوت ردود الفعل بتفاوت المجال الذي تتناوله الحلول العملية المقترحة من الفقه والمطبقة من جانب القضاء.

أ ـ نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية الإرادة الباطنة: انتكاس مبدأ سلطان الإرادة أدى بالتبعية إلى انتكاس نظرية الإرادة الباطنة والتي كان سائدة بلا منازع في الفقه الفرنسي التقليدي. فقد أفسح العديد من الفقهاء مكاناً كبيراً للنظرية الجديدة، نظرية الإرادة الظاهرة. وهذه النظرية ذات أصل ألماني أقرها التقنين المدني الألماني مع بعض القيود. وقد حاول الفقيه سالي في أن تحل النظرية الجديدة محل النظرية الفرنسية

التقليدية، نظرية الإرادة الباطنة. وقد كان لهذه المحاولات أثرها الكبير في الفقه والقضاء على نحو ما سوف نراه تفصيلاً فيما بعد.

ب - ردود فعل عملية من جانب الفقه والقضاء: وقد كان ذلك على نطاقين: انعقاد العقد وآثار العقد.

فعلى نطاق انعقاد العقد: يتجه كل من الفقه والقضاء إلى تقييد الحرية التعاقدية أكثر فأكثر. وفي سبيل تحقيق هذه الغاية لجأ إلى طريقتين: الأولى: تتلخص في إعطاء معنى واسعاً لفكرة النظام العام أو الآداب. وهذا الأمر ممكن بطبيعة الحال حيث إن هاتين الفكرتين تتسمان بالمرونة إذ إن القانون لم يضع تعريفاً جامداً لهما. والثانية: تتلخص في أن كلا من الفقه والقضاء يتجهان، وذلك على عكس ما هو مستقر تقليدياً، إلى تطبيق هاتين الفكرتين، النظام العام أو الآداب، ليس على محل العقد فحسب وإنما أيضاً على سبب العقد، وذلك بالأخذ في الاعتبار الباعث الدافع للتعاقد، واشتراط أن يكون هذا الباعث مشروعاً، أي لا يخالف النظام العام أو الآداب، وذلك على النحو الذي سوف نراه تفصيلاً فيما بعد.

على نطاق العقد: وقد كانت ردود الفعل في هذا النطاق تتعلق بتفسير العقد ومبدأ نسبية أثر العقد.

فبالنسبة لتفسير العقد تذهب المحاكم غالباً إلى أن تجعل العقد ينتج آثار تقدر أنها مستحبة أكثر من البحث عمّا يحتمل أن يريده المتعاقدان، وخاصة عندما تكون إرادة المتعاقدين غامضة أو غير واضحة أو ناقصة، فإنه يسهل على القاضي أن يجعلهم يقولون، ما يعتقد أنهم كانوا يريدونه لكي يكون العقد أكثر عدلاً وأكثر فائدة.

وبالنسبة لمبدأ نسبية أثر العقد يذهب الفقه والقضاء إلى فهم هذا المبدأ بطريقة أكثر مرونة.

٢ - رد الفعل التشريعي

تدخل المشرّع قد انصب على النتائج الثلاث لمبدأ سلطان الإرادة، الرضائية، الحريـة التعاقدية، والقوة الملزمة للعقد.

أ - القيود الواردة على مبدأ الرضائية: نلاحظ أن هناك عودة إلى الشكلية في

التشريعات الحديثة، فنجد أن اشتراط الكتابة أمر وارد بالنسبة للعديد من العقود. كما نلاحظ أن عقوداً أخرى تخضع للعلانية كشرط ضروري للاحتجاج بها على الغير.

ب ـ **القيود الواردة على مبدأ الحرية التعاقدية**: الملاحظ أن انحسار مبدأ الحرية التعاقدية كان أكثر وضوحاً في اتجاهين.

ـ نجد أن المشرّع، استجابة للمصلحة العامة، يقوم بإلغاء حرية التعاقد أو حرية عدم التعاقد. وخير مثال على ذلك التأمين الإجباري الوارد في تانون ٢٧ فبراير ١٩٥٨ م في فرنسا والمفروض على جميع مالكي السيارات.

ـ كما نجد أن المشرّع غالباً ما يلغي حرية المتعاقدين في تحديد التزاماتهم. فالقوانين المتعلقة بالنظام العام أصبحت الآن عديدة، كما أنها اتسمت بخصائص جديدة. فالنظام العام التقليدي كان يتسم أساساً بالسلبية، فالمشرّع يمنع بعض العقود أو بعض الشروط. أما النظام العام اليوم أصبح بصفة عامة إيجابياً، فالمشرّع يفرض مضمون العقد، أي أنه يحل محل المتعاقدين في تحديد هذا المضمون. فمثلاً نجد أن المشرّع يحدد الأجرة في عقود الإيجار. والتزامات المؤمن لديه في عقود التأمين ووقت العمل في عقد العمل ويفرض عطلة نهاية الأسبوع والإجازات المدفوعة الأجر لصالح العمال.

جـ ـ **القيود الواردة على القوة الملزمة للعقد**: أصبح الآن تعديل العقد أو مراجعة شروطه أمراً مألوفاً وذلك بقصد تحقيق هدفين:

ـ يهدف أولاً إلى تجنب عدم العدالة، والتي تنشأ من عدم المساس بالشروط الأولية الواردة في العقد وذلك في حالة ارتفاع الأسعار. فعدم العدالة اللاحقة للتعاقد لا تقلّ شأناً عن عدم العدالة المتحققة وقت إبرام العقد.

ـ كما أن تعديل العقد قد يقصد به تحقيق المصلحة العامة وذلك تحقيقاً لمقتضيات السياسة الاقتصادية. فقد يتدخل المشرّع لخفض الأداءات المالية المتفق عليها ليس لأن الأسعار قد انخفضت ويراد إعادة التوازن بين الأداءات، وإنما لأن المشرّع يهدف من تخفيض الأسعار إلى تحقيق سياسة محاربة الانكماش[1].

(١) انظر المرسوم بقانون ١٦ يولية ١٩٣٥ م في فرنسا.

وهكذا نرى أن مبدأ سلطان الإرادة لم يعد مبدأ غير قابل للمنازعة، وإنما أصبح متحركاً وذلك تحت تأثير السياسة الاقتصادية المتغيرة غالباً، وذلك في عالم متطور وفي زمن من أهم خصائصه أنه غير مستقر.

- **خاتمة المبحث: مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي**: نجد أن الفقه الإسلامي قد اعتمد مبدأ سلطان الإرادة، بنتائجه مبدأ الرضائية، ومبدأ الحرية التعاقدية، ومبدأ القوة الملزمة للعقد، ومبدأ نسبية أثر العقد وذلك دون إفراط أو تفريط. حيث إن أحكام الشريعة الإسلامية السمحة تقوم في جميع المجالات على الوسطية والاعتدال[1].

---

(١) انظر ما ورد تفصيلاً بصدد مبدأ حرية التعاقد، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص ٨٢ وما بعدها، محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٤٣ وما بعدها، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، جزء ١، ص ٨٠، ٨١.

الفصل الثاني

تقسيمات العقود

بعد أن انتهينت في الفصل الأول من الحديث عن ماهية العقد وأساس قوته الملزمة، يجب الآن أن نعرض لأهم تقسيمات العقود. وهذه التقسيمات لها أهمية واضحة في تطبيق بعض قواعد النظرية العامة للعقد. فتطبيق القواعد العامة للعقد تختلف باختلاف طوائف العقود كما سوف نرى خلال عرضنا لهذه التقسيمات.

وهذه التقسيمات يمكن أن تتعدد، وذلك بحسب الزاوية التي ننظر منها إلى العقد[١] فيمكن تقسيم العقود بالنظر إلى القواعد المطبقة عليها، إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة، وعقود مدنية وعقود تجارية. كما يمكن تقسيم العقود بالنظر إلى انعقادها، إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية، وعقود مساومة وعقود إذعان. ويمكن تقسيم العقود بالنظر إلى آثارها، إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد، وعقود معاوضة وعقود تبرع، وعقود محددة وعقود احتمالية، وعقود فورية وعقود زمنية[٢].

---

(١) وقد عرض التقنين المدني الفرنسي لبعض تقسيمات العقود (م ١١٠٢ ـ ١١٠٧) وكذلك فعل تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ١٦٧ ـ ١٧٥). والواقع أن تقسيم العقود عمل فقهي لا يدخل في مهمة المشرّع. ولذلك سكت عنه التقنين المدني المصري كما أعرضت عنه التقنيات الحديثة.

(٢) انظر في هذه التقسيمات أستاذنا الدكتور جلال علي العدوي، أصول المعملات ١٩٧٣ م، ص ٧٩ وما بعدها.

المبحث الأول: تقسيم العقود بالنظر إلى القواعد المطبقة عليها

وفي هذا التقسيم ندرس تقسيم العقود إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة، وإلى عقود مدنية وعقود تجارية.

المطلب الأول: العقود المسماة والعقود غير المسماة

يجب علينا منذ البداية أن نشير إلى أن دراستنا للنظرية العامة للعقد نريد بها تحديد القواعد العامة التي تطبق على كافة العقود أياً كان مسماها وأياً كانت القواعد الخاصة التي تحكمها مع مراعاة القاعدة الأصولية التي تقتضي بأن الحكم الخاص يخصص الحكم العام. وإلى جانب هذه النظرية العامة للعقد نجد أن هناك قواعد خاصة ببعض العقود وهذا ما دفع الفقه إلى التفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة. وعلى ذلك يجب أن نقف على أساس هذا التقسيم، ثم نعرض لأهمية هذا التقسيم.

أولاً: أساس التقسيم

يكمن معيار التفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة فيما إذا كان المشرّع قد خص العقد باسم معيّن وفصل أحكاماً خاصة به من عدمه. وعلى ذلك فإذا المشرع قد خص العقد باسم معيّن وفصل أحكامه وذلك لذيوعه وانتشاره بين الناس كان العقد عقداً مسمى وإذا لم يتوافر للعقد هذان العنصران كان العقد عقداً غير مسمى[1].

وهذا التقسيم مرتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ الرضائية الذي يهيمن على نظرية العقد. فالأصل أن الإرادة حرة في إنشاء ما تريد من عقود ولا يوجد حدود لذلك سوى عدم مخالفتها للنظام العام أو الآداب. فحاجات الأفراد المتجددة في المجتمع تؤدي إلى ابتكار الأفراد لأنواع من عقود تلبي تلك الحاجات، وذلك لأنه يستحيل على المشرّع أن يخضع عقود الأفراد لحصر أو لعد. ومن هنا كان لدينا عقود ذائعة ومنتشرة

(١) وتنص المادة ١٧٥/١ موجبات وعقود لبناني على أن «تكون العقود مسماة حسبما يكون القانون قد وضع أو لم يضع لها تسمية وشكلاً معينين».

ومستقرة قام المشرّع بتسميتها وتحديد القواعد الخاصة بها، وعقود أخرى تنشأ استجابة لحاجات الأفراد ليس لها مسمى خاصة محدد ولا قواعد خاصة بها تحكمها.

وقد درجت معظم التقنينات المدنية على أن تقرر قسماً خاصاً بالعقود المسماة، وذلك بعد أن تتناول في قسمها الأول النظرية العامة للعقد.

من هذه العقود المسماة ما يلي:

١ ـ العقود التي تقع على الملكية، وهي البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح.

٢ ـ العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، وهي الإيجار والعارية.

٣ ـ العقود التي تقع على العمل، وهي المقاولة والتزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة.

٤ ـ العقود الاحتمالية، وهي المرتب لمدى الحياة، وعقد التأمين.

٥ ـ عقود التأمينات الشخصية والعينية وتشمل الكفالة وهي من عقود التأمينات الشخصية، والرهن الرسمي والرهن الحيازى وهي عقود التأمينات العينية[١].

أما بالنسبة للعقود غير المسماة فهي لا تخضع لحصر ولا لعد. وهذه العقود تعج بها الحياة العملية، ومن أمثلتها عقد النشر، وعقد الاعلان، وعقد النزول في فندق، والعقد بين النظارة وصاحب المسرح أو السينما، والعقد بين الطبيب والمريض ، والعقد الذي يبرم بين إدارة مستشفى وكلية الطب والذي بمقتضاه تلتزم المستشفى بأن تضع تحت تصرف كلية الطب عدداً من الأسرة للدراسة الطبية ، وهناك عقود أخرى حديثة نسبياً لم يستقر الفقه على ترجمة دقيقة لها من الإنجليزية إلى العربية أو الفرنسية إلى الآن مثل: Le «Leasing», Le «Renting», Le «Factoring».

ثانيا: أهمية التقسيم

تتجلى أهمية التفرقة بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في تحديد القواعد الواجبة التطبيق على العقد، وذلك إلى جانب النظرية العامة

(١) انظر على سبيل المثال الكتاب الثاني، العقود المسماة، في القانون المدني المصري.

للعقد[1]. وعلى ذلك يجب تحديد ما إذا كان العقد عقداً مسمى أم عقداً غير مسمى، وهذا يقتضي القيام بعملية قانونية فنية دقيقة يطلق عليها التكييف أو الوصف القانوني للعقد. ويقوم القاضي بعملية تكييف العقد المطروح أمامه دون التقيد بالوصف الذي أعطاه له المتعاقدان. فإذا انتهى القاضي إلى أن العقد عقد من العقود المسماة، فيصفه باسمه ويطبق عليه قواعده التي نص عليها المشرع. أما إذا انتهى القاضي إلى أن العقد عقد من العقود غير المسماة، تعيّن عليه أن يستخلص قواعده مستعيناً في ذلك بجهود من سبقوه من القضاة والفقهاء[2].

وفي سبيل تحديد القواعد الواجبة التطبيق على العقود غير المسماة يقوم الفقه والقضاء باستقراء ما جرت عليه عادة المتعاقدين في تلك العقود، وبالقياس على أقرب العقود المسماة شبهاً للعقد غير المسمى وذلك لمد حكمه إلى هذا الأخير، وإذا انتشرت بعض هذه العقود واستقرت القواعد المنظمة لها وصارت صالحة لأن تنتقل إلى مرحلة التشريع، قام المشرع بوضعها في نصوص تشريعية ويصبح العقد من العقود المسماة بعد أن كان عقداً غير مسمى، وهذا ما حدث مع عقد التأمين في فرنسا، حيث لم يتدخل المشرّع لتنظيمه إلا اعتباراً من عام ١٩٣٠ رغم ظهوره قبل ذلك بزمن طويل.

أما بالنسبة للعقود المسماة فإن النظرية العامة تنطبق على هذه العقود فيما لا يتعارض مع القواعد الخاصة بهذه العقود. ويلاحظ أن الكثير من القواعد المنظمة للعقود المسماة لا تخرج عن أن تكون تطبيقاً للقواعد العامة في نظرية العقد على وجه يتلاءم مع طبيعة كل عقد من هذه العقود. على أن البعض من هذه القواعد يعتبر قواعد خاصة يتميز بها العقد المسمى عن غيره من العقود ويخرج بها عن القواعد العامة، وذلك تحقيقاً لمصالح وجدها المشرّع جديرة بالحماية. وإذا كان بعض هذه القواعد آمراً بحيث لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، إلا أن أغلب هذه القواعد قواعد مكملة

---

(١) وتنص المادة ٢/١٧٥ موجبات وعقود لبناني على أن «تطبق القواعد المقررة في القسم الأول من هذا القانون على العقود المسماة وغير المسماة».

وتنص المادة ٣/١٧٥ موجبات وعقود لبناني على أن «القواعد المذكورة في القسم الثاني فلا تطبق على العقود غير المسماة إلا من قبيل القياس وبالنظر إلى التناسب بينها وبين العقود المسماة المعينة».

(٢) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص ٥٤.

لإرادة المتعاقدين، أي أنها لا تطبق إذا وجد اتفاق يخالفها.

المطلب الثاني: العقود المدنية والعقود التجارية

إذا كان من الثابت أن القانون المدني هو الشريعة العامة التي تحكم علاقات الأفراد في المجتمع ونشاطهم فيه، إلا أنه في بعض الأحوال تقتضي الطبيعة الخاصة لبعض العلاقات أن تختص بقواعد خاصة تتفق وهذه الطبيعة. واختصاص هذه العلاقات بقواعد خاصة لا يمنع من تطبيق القانون المدني فيما لم يرد بشأنه نص خاص، أو من الرجوع إلى المبادىء العامة للقانون الخاص والتي موطنها القانون المدني.

وتطبيقاً لذلك نجد أن الأعمال التجارية ونشاط التجار في ممارستهم لتجارتهم تقتضي طبيعتها الخاصة، والتي تقوم على السرعة والائتمان، وقواعد قانونية خاصة تتفق وهذه الطبيعة. ولذلك نجد القانون التجاري كفرع من فروع القانون الخاص يعمل إلى جانب القانون المدني. والتساؤل الآن هل هذه الطبيعة الخاصة للقانون التجاري تستدعي وجود عقود تجارية إلى جانب العقود المدنية؟

في الواقع إن بعض الشراح ينكر وجود هذا التقسيم على أساس أن العقود التجارية لا تتميز عن العقود المدنية لا في الاسم ولا في الأركان ولا في شروط الصحة. ويرى هؤلاء الفقهاء أنه توجد عقود مسماة يبرمها غير التاجر فتكون مدنية، أو يبرمها التاجر لمقتضيات التجارة فتخضع عندئذ للقواعد الخاصة بالأعمال التجارية. ويستند هؤلاء الشراح لتدعيم وجهة نظرهم هذه إلى مسلك بعض القوانين الأجنبية التي لا تعرف ما يسمى بالعقود التجارية، مثل قانون الالتزامات السويسري، والقانون المدني الإيطالي.

ولكننا نرى أن التفرقة بين العقد المدني والعقد التجاري مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالتفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري، وكل هذا مرتبط ارتباطاً وثيقاً أيضاً بتحديد نطاق القانون التجاري ذاته. وعلى ذلك ندرس أساس هذا التقسيم، ثم أهمية هذا التقسيم.

أولاً: أساس التقسيم

إن التفرقة بين العقود المدنية والعقود التجارية تستمد أساسها من التفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري. وعلى ذلك نستطيع أن نقول إن العقود التجارية هي العقود التي يعد القيام بها عملاً من الأعمال التجارية الأصلية أو التبعية.

والأعمال التجارية الأصلية هي الأعمال التي تهدف إلى المضاربة وتحقيق الربح وتتعلق بالوساطة في تداول الثروات، ويتعيّن أن تتم على وجه المقاولة بالنسبة للأعمال التي اشترط فيها القانون ذلك[1]. أما الأعمال التجارية التبعية فهي الأعمال التي يقوم بها التاجر لمقتضيات تجارته وبمناسبتها. نخلص من كل ما تقدم إلى أن العقد يعد عقداً تجارياً إذا كان القيام به بقصد المضاربة وتحقيق الربح عن طريق الوساطة في تداول الثروات ولو لمرة واحدة أو على وجه المقاولة، وذلك بحسب الأحوال، أو إذا كان الذي قام به تاجر لمقتضيات تجارية أو بمناسبتها.

وعلى ذلك يمكن القول أن هذه العقود لا تعتبر تجارية بطبيعتها أو جوهرها. وإنما تلحقها الصفة التجارية حينما يكون الباعث تجارياً، كأن يكون نية المضاربة وتحقيق الربح، كما هو الحال في الشراء بقصد البيع، أو السعي إلى تحقيق الربح عن طريق تداول الثروات كما هو في شأن عقود الصرف والسمسرة، كما أنه قد تلحقها الصفة التجارية إذا كان الذي يبرمها تاجر لحاجات التجارة وبمناسبتها، كعقود نقل البضائع التي يبرمها التاجر، وشرائه سيارة لنقل البضائع أو تسليم المشتريات للعملاء، أو شراء الأثاث اللازم لاستقبال العملاء والخزائن الحديدية والآلات الكاتبة، وعقود التأمين على المحل أو البضائع.. إلخ.

وأخيراً نلفت النظر إلى أن العقد قد يكون تجارياً بالنسبة إلى أحد طرفيه، ويبقى مدنياً بالنسبة إلى الطرف الآخر وذلك طبقاً لنظرية الأعمال التجارية المختلطة. كما يجب أن نشير إلى أن بعض العقود تنفر بطبيعة موضوعها أو سببها من اكتساب الصفة

---

(١) انظر أستاذنا الدكتور مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري الجزء الأول، ١٩٨٠ م، ص٤٨.

التجارية، لأنه لا يتصور تعلقها أو ارتباطها بالعمليات التجارية. ومن ذلك مثلاً التصرفات القانونية المرتبطة بالأسرة، كالزواج أو قسمة التركات، وكذلك الحال بالنسبة للهبات، فهي عقود تبرع مدنية لا تقبل الصفة التجارية[1].

ومن هنا يتأكد القول بأن الصفة التجارية تلحق العقد بعد اكتمال نشأته وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني. فيظل العقد محكوماً بهذه القواعد من حيث نشأته أو أسباب انقضائه. وكل ما يترتب على الصفة التجارية بعض آثار خاصة يقتضيها ما اقترن بتكون العقد من بواعث تجارية[2]، أو بمن أبرم العقد، وهذا يجرنا إلى الحديث عن أهمية التقسيم.

ثانيا: أهمية التقسيم

سبق أن قلنا إن تقسيم العقود إلى عقود مدنية وعقود تجارية مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري، وبالتالي بتحديد نطاق القانون التجاري ذاته. ولذلك فإن العقود التي تثبت لها الصفة التجارية تخضع لقواعد القانون التجاري كقاعدة عامة، وللقانون المدني فيما لم يرد من شأنه نص في القانون التجاري. وقواعد القانون التجاري التي تحكم العقود التجارية تتمحور حول قطبي القانون التجاري السرعة من ناحية، والثقة والائتمان من ناحية أخرى. وهذا ما سنعرض له في الفقرتين التاليتين:

١ ـ القواعد التي تقوم على السرعة وتبسيط الاجراءات

القواعد التي نعرض لها هنا استهدفت تحقيق السرعة اللازمة للمعاملات التجارية، ويرتبط بهذه القواعد أيضاً القواعد التي تهدف إلى تبسيط الإجراءات، وهذه القواعد هي:

أ ـ حرية التعاقد والإثبات: حيث إن التجارة قوامها السرعة من جانب والثقة والائتمان من جانب آخر، فإن من الطبيعي أن تكون القواعد التي تحكم العقود

(١) شمس الدين الوكيل: المرجع السابق، فقرة ١٨٣ ص ٢٩٦.
(٢) شمس الدين الوكيل: المرجع السابق، فقرة ٨٣ ص ٢٩٥.

التجارية سواء من حيث الانعقاد أو الإثبات أخف عبء من القواعد التي تحكم العقود المدنية. فمن حيث الانعقاد نجد أن القاعدة في العقود التجارية هي كفاية التراضي لانعقاد العقد دون حاجة إلى إفراغه في شكل معيّن، بمعنى أن مبدأ الرضائية بصدد العقود التجارية أوسع وأرحب.

أما من حيث الإثبات نجد أنه لا يجوز في المواد المدنية الإثبات بالبينة أو القرائن القضائية إذا زادت قيمة التصرف عن مبلغ معيّن أو كان غير محدد القيمة. كما أنه لا يجوز في هذه المواد إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي إلا بالكتابة. كذلك لا يجوز الاحتجاج بتاريخ المحررات العرفية على غير المتعاقدين. وفي كل هذه الأحوال نجد أن القانون التجاري يخرج عن هذه القواعد.

وكذلك نجد في المواد المدنية أن الورقة العرفية لا تعدّ دليلاً كاملاً إلا إذا كان موقعاً عليها، بينما نجد في القانون التجاري أن الدفاتر التجارية تعد حجة على التاجر فيما تتضمنه من عقود تجارية بالرغم من أنها غير موقع عليها. وإذا كان لا يجوز أن يجبر الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، فإن التاجر يجبر على تقديم دفاتره التجارية لإثبات ما هو مقيد فيها من عقود تجارية. كذلك إذا كان الأصل أنه لا يجوز أن يصنع الشخص لنفسه دليلاً لصالحه، فإن الدفاتر التجارية تصلح دليلاً للتاجر في مواجهة غيره من التجار لإثبات ما يربط بينهم من عقود تجارية، كما يجوز للقاضي أن يستكمل الدليل المستخلص من هذه الدفاتر ضد غير التاجر بتوجيه اليمين المتممة.

ومع ذلك فإن مبدأ حرية التعاقد والإثبات في المواد التجارية يخضع لبعض الاستثناءات كاشتراط الرسمية في عقد بيع السفينة، أو اشتراط الكتابة في عقد الشركات التجارية[1]. وعقد إيجار السفن، وعقد القرض البحري وعقد التأمين على السفن والبضائع. بالإضافة إلى ذلك نجد أن طبيعة بعض المعاملات التجارية لا تكون إلا كتابة، كما هو الحال في الأوراق التجارية وحسابات البنوك.

ب ـ المهلة القضائية: تقضي قواعد القانون المدني بأن للقاضي أن يمنح الدين

---

(١) ونظام الشركات السعودي، يشترط الكتابة بعقد الشركة، ولكن الكتابة لا تعتبر شرط انعقاد فلا يترتب على تخلفها بطلان عقد الشركة وإنما جزاء من طبيعة خاصة (م ١٠ من نظام الشركات).
وبالنسبة لعقد بيع السفينة اشترط نص المادة ١٥٢ من نظام المحكمة التجارية السعودي الكتابة، ولم تشترط أن تكون هذه الكتابة رسمية كما هو الشأن في القانون البحري المصري.

أجلاً لتنفيذ التزامه إذا اقتضت الظروف ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم. بينما في الالتزامات التجارية فإنه يمتنع على القاضي أن يعطي المدين مهلة لدفع قيمة الورقة التجارية. وذلك لأن المعاملات التجارية تقتضي سرعة التنفيذ.

جـ ـ الأعذار: القاعدة في القانون المدني أن الإخلال بالالتزامات العقدية لا يثبت إلا بعد أن يقوم الدائن بإعذار المدين بضرورة تنفيذ التزاماته. والأصل أن أعذار المدين في المسائل المدنية يكون بإنذاره بمقتضى ورقة رسمية من السلطة العامة هذا ما لم يقض الاتفاق على غير ذلك. أما في المسائل التجارية فقد جرى العرف على أن الإعذار يمكن أن يتم بورقة غير رسمية، كخطاب عادي، أو برقية أو تلكس، أو بمجرد حلول الأجل، وذلك لما تتطلبه التجارة من السرعة في المعاملات[1].

د ـ سهولة انتقال الحقوق والالتزامات التجارية: فبينما نجد أن انتقال الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقود المدنية تخضع للقواعد التي تحكم حوالة الحق وحوالة الدين. فحوالة الحق لا تنفذ قبل المدين إلا إذا قبلها أو أعلن بها، كما لا تنفذ في مواجهة الغير إلا إذا كانت ثابتة التاريخ. وحوالة الدين لا تنفذ في مواجهة الدائن إلا إذا قبلها. وفي كل من حوالة الحق وحوالة الدين يتعرض المحال له للاحتجاج عليه بالدفوع التي كان المحال عليه يستطيع أن يدفع بها في مواجهة المحيل[2]، أما في نطاق القانون التجاري نجد أن انتقال الحقوق التي تتضمنها الأوراق التجارية تتم بالمناولة اليدوية إذا كانت «لحامله» أو بالتظهير إذا كانت «اسمية». كما أن الأوراق التجارية تخضع لمبدأ التطهير من الدفوع، بحيث لا يجوز الاحتجاج على حامل الورقة التجارية بالدفوع التي كانت للساحب في مواجهة المسحوب عليه. وتخضع الأوراق المالية، والأسهم والسندات في انتقالها كذلك لقواعد مشابهة. فالسهم والسند الأسمى قابل للتداول بمجرد القيد في سجلات الشركة، والسهم والسند لحامله قابل للتداول بمجرد التسليم.

هـ ـ تبسيط إجراءات التنفيذ: حيث أننا نجد أن إجراءات التنفيذ على الأموال الضامنة للوفاء بالديون تختلف وفقاً اما إذا كانت هذه الديون ناشئة عن عقد مدني أو

---

(١) م ٢٥٧ موجبات وعقود لبناني لا نستلزم أن يكون الانذار بورقة رسمية وإنما نشترط فقط أن يكون مكتوباً، كالخطاب أو برقية.

(٢) انظر نبيل سعد: التنازل عن العقد، منشأة المعارف، ١٩٨٥ م.

عن عقد تجاري. فبينما يلزم التنفيذ على المال المرهون ضماناً لدين مدني الحصول على حكم قضائي، نجد أنه يكفي الحصول على إذن من قاضي الأمور الوقتية إذا كان المال المرهون ضماناً لدين تجاري.

٢ ـ القواعد التي تقوم على الثقة والائتمان

وهنا نعرض للقواعد التي تقوم على الثقة والائتمان في نطاق المعاملات التجارية ومقارنتها بنظيراتها في مجال المعاملات المدنية.

أ ـ الإفلاس: إذا كان القانون التجاري ييسر ويسهل للتاجر التعامل دون قيود أو إجراءات أو تعقيدات، فإنه في مقابل ذلك إذا ما توقف التاجر عن دين تجاري فإن ذلك يؤدي إلى الحكم بشهر إفلاسه ورفع يده عن إدارة أمواله، وتعيين وكيل للتفليسة ينوب عنه وعن دائنيه في إدارة أمواله إلى أن يتم تصفيتها تصفية جماعية وتوزع المبالغ المتحصّلة عنها على الدائنين. أما في القانون المدني فإن نظام الإعسار يوجد كنظام مقابل لنظام الإفلاس إلا أن هذا النظام يختلف اختلافاً بيّناً عن نظام الإفلاس من حيث الفعالية والأثر، كما أنه يندر أن يطبق في الحياة العملية، وذلك على خلاف نظام الإفلاس.

ب ـ التضامن: القاعدة في القانون المدني أنه إذا تعدد المدينون فإن التضامن لا يفترض وإنما يلزم أن يتم الاتفاق عليه أو ينص عليه القانون صراحة[1]. أما في القانون التجاري فإن القاعدة أن التضامن يفترض، وذلك بقصد تدعيم الائتمان التجاري وحماية الدائن من خطر إعسار أو إفلاس أحد المدينين وذلك عن طريق تعدد الذمم التي يرجع عليها الدائن ليجد ما يكفي لسداد دينه.

جـ ـ النفاذ المعجّل: نجد أن القاعدة بالنسبة للأحكام الصادرة بشأن العقود المدنية لا تكون قابلة للتنفيذ طالما أنها قابلة للطعن فيها بالمعارضة أو الاستئناف، ولكن هناك حالات استثنائية على سبيل الحصر يجوز أن تكون الأحكام فيها مشمولة بالنفاذ المعجل. أما بالنسبة للأحكام الصادرة بشأن العقود التجارية فإن الأصل أنها تكون مشمولة بالنفاذ المعجّل سواء كانت قابلة للمعارضة أو الاستئناف أم طعن فيها

(١) انظر نبيل سعد: التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن، منشأة المعارف، ١٩٨٦ م.

بشرط تقديم كفالة. وذلك حتى يدعم الائتمان التجاري ويعزز الثقة في المعاملات التجارية بما يكفل لها السرعة الواجبة.

المبحث الثاني ـ تقسيم العقود بالنظر إلى انعقادها

وفي هذا التقسيم ندرس تقسيم العقود إلى عقود رضائية وشكالية وعينية، وعقود مساومة وعقود إذعان.

المطلب الأول: العقود الرضائية والعقود الشكلية والعقود العينية

إذا كان من المستقر عليه الآن في القوانين الحديثة أن الأصل هو مبدأ الرضائية في العقود، إلا أنه مع ذلك ما زالت هناك للشكلية دور تلعبه. والفارق الواضح بين الشكلية المحضة في القوانين القديمة والشكلية في القوانين الحديثة يتجلى في ناحيتين:

الأولى : أن الشكلية في العصر الحديث تعتبر شكلية مرشدة. فهي شكلية ليست مقصودة لذاتها وفي ذاتها وإنما مقصودة لتحقيق أغراض معيّنة بعينها، كحماية أحد المتعاقدين أو كلاهما أو حماية الغير ، أو للتنبيه لخطورة التصرف المقدم عليه . . وهكذا ، وذلك على خلاف الشكلية في القانون الروماني حيث إنها كانت شكلية مقصودة في ذاتها ولذاتها وبغض النظر عن الإرادة في ذاتها. وبناءً على ذلك فقد كان العقد الشكلي يلزم ويترتب عليه أثره بمجرد تمام الشكل الخاص به.

الثانية: أن الشكلية في القوانين الحديثة لا تكفي وحدها لانعقاد العقد، بل لا بد من أن توجد الإرادة والتراضي ثم يضاف إليهما الشكل. فالشكلية لا تحل محل التراضي ولا تغني عنه. فالعقد الشكلي لا ينعقد ولا يكون صحيحاً لمجرد استيفاء الشكل بل لا بد من توافر كل شروط انعقاد العقد وصحته. ولذلك فإن توافر الشكلية لا يحول دون الطعن في العقد بالبطلان أو الإبطال إذا كانت الإرادة منعدمة أو معيبة، وذلك على عكس ما كان عليه القانون الروماني إذ كانت الشكلية تغني عن الإرادة، بمعنى أنه كان يعتد بالشكل دون الإرادة في ذاتها. ولذلك نجد أن العقد الشكلي ينعقد

ويكون صحيحاً بمجرد توافر الشكل الخاص به، حتى ولو ثبت أن الإرادة منعدمة أو معيبة[1].

وبعد هذا العرض السريع يجب أن نقف على أساس هذا التقسيم، وأهمية هذا التقسيم.

أولاً: أساس التقسيم

يكمن معيار التفرقة بين العقود الرضائية من ناحية والعقود الشكلية والعينية من ناحية أخرى، في ما إذا كان يكفي التراضي لانعقاد العقد أم أنه يلزم علاوة على التراضي شكل أو إجراء آخر. فإذا كان يكفي التراضي لانعقاد العقد دون استلزام شكل أو إجراء آخر، فإن العقد يكون عقداً رضائياً[2]. وإذا كان استلزم علاوة على التراضي شكلاً أو إجراء معيناً فإن العقد يكون عقداً شكليّاً أو عقداً عينيّاً.

والأصل، في القوانين الحديثة هو مبدأ الرضائية في العقود، أي أن الأصل هو العقود الرضائية. لكن قد يتفق المتعاقدون أو ينص القانون على أن العقد لا ينعقد إلا إذا تم في شكل معيّن أو إلا إذا تم تسليم شيء معين. فمصدر الشكلية أو العينية قد يكون نص القانون أو اتفاق الأطراف.

وعلى ذلك فإن العقد الشكلي Le contrat solennel هو عقد لا يكفي التراضي لانعقاده، بل يلزم علاوة على ذلك أن يتم التعبير عن الإرادتين في شكل معيّن. فالشكل في هذه العقود يعتبر ركناً لا ينعقد بدونه. والشكلية التي يستلزمها القانون في الوقت الحاضر تنحصر في الكتابة. وهذه الكتابة قد تكون كتابة رسمية أو كتابة عرفية.

وعلى ذلك إذا كانت الكتابة المتطلبة هي الكتابة الرسمية، فيكون العقد عقداً رسمياً Acte authentique. والعقد الرسمي هو العقد الذي يجب أن يبرم أمام موظف

---

(١) انظر عبد المنعم البدراوي: المرجع السابق فقرة ٣٧ ص ٥٣، ٥٤.

(٢) تنص المادة ١٧١ موجبات وعقود لبناني على أن «عقود الرضى هي التي لا يكون انعقادها موقوفاً على شرط ظاهر خاص بل يكفي أن يتجلى فيها رضى المتعاقدان بحرية تامة وبأي شكل كان. «أما إذا اشترط القانون أن يتجلى هذا الرضى بشكل خاص كإنشاء سند رسمي فالعقد يكون رسمياً (Solennel). واستخدام المشرع لفظ العقود الرسمية كان غير موفق. فالرسمية ليست إلا نوعاً من أنواع الشكلية.

عام مختص بذلك، يسمى بالموثق. ومثاله عقد الرهن الرسمي، وعقد هبة العقار[1]، وعقد بيع السفينة.

وقد يستلزم القانون الكتابة لانعقاد العقد، ولكن يكتفي بالكتابة العرفية دون استلزام الرسمية، ومثال ذلك الكتابة المتطلبة في عقد الشركة في القانون المصري (م ٥٠٧ م ٨٤٨ موجبات وعقود لبناني)، وكذلك الكتابة المتطلبة في عقد المرتب لمدى الحياة، وفي الوعد بهبة المنقول (م ٥١١ موجبات وعقود لبناني) وكذلك الكتابة المتطلبة في عقد النشر وذلك وفقاً للقانون رقم ٣٠٤ لسنة ١٩٥٤ م في مصر. وكذلك اشتراطه الكتابة في عقد إيجار السفن، وعقد القرض البحري، وعقد التأمين على السفينة والبضائع.

أما العقد العيني Le Contrat Réel فهو العقد الذي لا يكفي التراضي لانعقاده، وإنما يلزم لكي ينعقد العقد أن يقترن التراضي بتسـليم العين محل العقد من أحد الطرفين إلى آخر[2].

ويرجع تاريخ العقد العيني إلى القانون الروماني حيث كانت القاعدة هي الشكلية في العقود. وفي مراحل تطور لاحقة للقانون الروماني كان الاتجاه السائد هو التخفيف من هذه الشكلية المقيتة، لذلك استثنيت بعض العقود من الإجراءات الشكلية المعقدة، إذ وجد في هذه العقود سمة مشتركة وهي تسليم الشيء المعقود عليه. ولذلك وجد في تسليم الشيء المعقود عليه إجراء كافٍ يغني عن الإجراءات الشكلية والمعقدة، فظهرت فكرة العقود العينية. وقد كانت هذه العقود واردة على سبيل الحصر وهي، عارية الاستهلاك، عارية الاستعمال، الوديعة، الرهن الحيازي. والعقود العينية في القانون الروماني لم تنعقد بمجرد الاتفاق عليها قبل تمام تسليم محل العقد.

وبالرغم من أن القانون المدني الفرنسي القديم قد سلّم بمبدأ الرضائية في العقود بوجه عام، إلا أنه نتيجة لتفسيرات خاطئة استبقى العقود العينية الأربعة التي كانت

---

(١) في القانون اللبناني لا يكون صحيحاً، أي لا ينعقد، إلا بالقيد في السجل العقاري وذلك خلافاً للأصل في التسجيل حيث أنه ليس شرطاً لانعقاد العقد وإنما هو واجب فحسب لكي تترتب على العقد آثاره العينية.

(٢) انظر أستاذنا الدكتور أنور سلطان: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٦٦ م فقرة ٢٩ ص ٣٧. وانظر في الموضع نفسه أيضاً موقف التقنين المصري القديم من العقود العينية.

مقررة في القانون الروماني، وأصبحت استثناءً على مبدأ الرضائية. ثم عند وضع التقنين المدني الفرنسي الحالي أخذ عن القانون الفرنسي القديم المبدأ نفسه، مبدأ الرضائية ونظم إلى جانبه العقود العينية الأربعة وأضاف إليها عقداً خامساً هو الهبة اليدوية، وهو عقد هبة المنقول حيث ينعقد بتسليم المنقول الموهوب إلى الموهوب له بدلاً من الرسمية في الهبة العقارية[1].

أما القوانين الحديثة، ومن بينها معظم القوانين العربية، لم يكن هناك مبرر للإبقاء على العقود العينية، لانتفاء علة وجودها، حيث إنها تخضع لمبدأ الرضائية، والتسليم فيها لا يعتبر ركناً في انعقاد العقد وإنما هو مجرد التزام يترتب على العقد الذي ينعقد صحيحاً بمجرد التراضي. وقد استبقت بعض القوانين الحديثة على فكرة العقد العيني بالنسبة لعقد واحد، لم يكن من ضمن العقود العينية الأربعة التقليدية هو هبة المنقول.

ثانيا: أهمية التقسيم

وتتجلى أهمية التقسيم في القول بأن الأصل في العقود، في القوانين الحديثة، هو مبدأ الرضائية، وأن الشكلية أو العينية تعد أمراً استثنائياً لا تتطلب إلا بناءً على اتفاق أو نص في القانون. وعلى ذلك فإنه قد يتفق المتعاقدان أو ينص القانون بأن العقد لا ينعقد إلا إذا أفرغ في شكل معين أو إلا إذا تم تسليم شيء معين.

والجدير بالذكر أن الشكل المتطلب في العقود الشكلية هو ما يتوقف على توافره انعقاد العقد، بحيث لا يقوم العقد ولا يتحقق له أي وجود إذا لم يفرغ الرضى في الشكل المتطلب. وكذلك بالنسبة للعقود العينية فإن تسليم الشيء يعتبر ركناً جوهرياً لا يقوم العقد بدونه.

ويترتب على ذلك أنه إذا أوجب القانون اتباع شكلية معينة في إبرام عقد معين، فإنه يتعين حتى لا تفوت الحكمة المقصودة من فرض الشكلية، اتباع الشكلية ذاتها في

---

(١) وقد نقل قانون الموجبات والعقود اللبناني هذه العقود العينية الخمسة عن قانون نابليون (م ٥٠٩ في الهبة اليدوية، م ٦٩٥ في الوديعة، م ٢٣٢ في عارية الاستعمال، م ٣ من المرسوم الاشتراعي رقم ٤٦ لسنة ١٩٣٢ الملحق بقانون الموجبات والعقود الخاص بعقد الرهن. وكذلك فعل القانون المدني العراقي (م ٦٠٣، ٦٨٤، ٨٤٧، ٩٥١، ١٣٢٢.

الوعد بإبرامه[١]، وفي التوكيل فيه[٢]، وفيما يتفق على إدخاله على العقد من تعديل، كما يجب أن تتبع هذه الشكلية في إجازة العقد إن كان قابلاً للإبطال[٣].

كما أنه يجب ألا نخلط بين اشتراط الكتابة لانعقاد العقد، كعقد الشركة وعقد المرتب لمدى الحياة، وتطلبها لإثباته كعقد الصلح، وكعقد الكفالة[٤]. فقد يتطلب القانون أو المتعاقدان كتابة العقد لمجرد إثباته لانعقاده، وعندئذ لا يحول عدم توافر هذه الكتابة دون انعقاد العقد أو وجوده. وإنما يحول فقط دون إثباته بالبينة والقرائن القضائية، وإن كان يجوز مع ذلك إثباته بما يقوم مقام الكتابة وهو الإقرار واليمين. وحيث لا يفصح القانون أو المتعاقدان فيما إذا كانت الكتابة مطلوبة لانعقاد العقد أو لمجرد إثباته، فإنها تعد مطلوبة للإثبات لا للانعقاد لأن القاعدة هي كفاية التراضي لانعقاد العقد[٥].

كذلك يجب ألا نخلط بين الشكلية في إبرام التصرفات القانونية وإجراءات الشهر والعلانية. فالشكلية كشرط لانعقاد العقد تعني أن العقد لا ينعقد إلا بإفراغه في الشكل المطلوب، حيث إن الشكل يعد ركناً من أركان العقد. أما إجراءات الشهر أو العلانية فإنها لا شأن لها بانعقاد العقد أو وجوده. وإنما عدم القيام بها يحول دون ترتيب بعض آثار العقد أو كلها أو دون الاحتجاج ببعض هذه الآثار على لغير[٦]. فعقد بيع العقار مثلاً، ما زال ينعقد في القوانين الحديثة، بمجرد التراضي. ويترتب على البيع العقاري غير المسجل كل آثاره فيما عدا نقل الملكية فهو ينشىء حقوقاً شخصية والتزامات على كل من طرفيه. فهو يلزم المشتري بدفع الثمن، ويلزم البائع بالتسليم وبضمان استحقاق المبيع وبضمان التعرض وبضمان ما قد يوجد فيه من عيوب خفية،

---

(١) انظر على سبيل المثال المادة ١٠١/٢ من التقنين المدني المصري.

(٢) انظر على سبيل المثال المادة ٧٠٠ من التقنين المدني المصري.

(٣) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة م ٣ ص ٥٧.

(٤) انظر على سبيل المثال م ٥٥٢ من القانون المدني، والمادة ٧٧٣ من القانون المدني المصري.

(٥) انظر جلال العدوي، مبادىء الالتزامات، ص ٤٦. في القانون اللبناني، إذا اشترط الطرفان الكتابة، كما لو اتفاقا في عقد تمهيدي على تدوين العقد النهائي، فإن مقتضى المادة ٢٢٠/٣ من قانون الموجبات والعقود (انظر أيضاً م ١٨٣) أن الكتابة تكون مشروطة لانعقاد العقد ولو لم يفصح الطرفان عن ذلك. انظر إسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للموجبات (الالتزامات)، مصادر الموجبات (الالتزامات) ١٩٦٢ ـ ١٩٦٣ ص ٣٨.

(٦) انظر جلال العدوي، المبادىء ص ٤٥.

وهو يلزمه أيضاً بنقل الملكية إلى المشتري. والتزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري من العقد غير المسجل يلقي على البائع التزاماً بمعاونة المشتري في إجراء التسجيل. كأن يقدم له سندات الملكية وأن يصحبه إلى مكاتب التوثيق للتصديق على التوقيع على المحرر الذي يقدم للتسجيل. وهذا الالتزام يمكن تنفيذه جبراً على البائع إن لم يقم به باختياره. ويكون ذلك برفع دعوى بصحة ونفاذ العقد أمام القضاء، فمتى صدر الحكم فيها بذلك، استطاع المشتري أن يسجله بعد أن يصبح نهائياً فيقوم تسجيله مقام تسجيل العقد نفسه. كل هذا يدل على أن عقد البيع العقاري ما زال عقداً رضائياً ينعقد بمجرد التراضي وقبل التسجيل[١].

ويلاحظ أن المشرّع قد يستلزم الشكل الرسمي لانعقاد العقد، ويستلزم فوق ذلك شهره لانتقال الملكية، وعندئذ يجب تمام الإجراءين بحيث لا يغني أي منهما عن الآخر. معنى ذلك أن هبة العقار إذا تمت في الشكل الرسمي انعقدت ورتبت آثارها، ثم يمكن بعد ذلك تسجيلها لكي تنقل الملكية. وكما هو واضح فإن لم تتم هبة العقار في محرر رسمي كانت باطلة بطلاناً لتخلف ركن الشكل، وامتنع بالتالي تسجيلها، لأن التسجيل لا يغني عن الرسمية في هذه الحالة. وإذا فرض وسجلت خطأ، لم يترتب على هذا التسجيل أي أثر، لأنه وقع على عقد باطل لا وجود له[٢].

وفي العقود العينية فإن التسليم المتطلب فيها هو التسليم الذي يتوقف عليه قيام العقد وانعقاده، وهو يختلف عن الالتزام بالتسليم الذي يترتب على العقد الذي ينعقد صحيحاً بمجرد التراضي، مثال ذلك التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر والناشىء عن عقد الإيجار الذي انعقد بينهما بمجرد التراضي، بينما في العقود العينية يعتبر التسليم شرطاً من شروط انعقاد العقد وقيامه فلا يوجد العقد وينعقد إلا إذا تم التسليم.

ويلاحظ أخيراً أن تقسيم العقود إلى عقود رضائية وشكلية وعينية ليس تقسيماً جامداً، إذ إنه ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن يجعلا من عقد رضائي، بحسب أصله، عقداً شكلياً أو عقداً عينياً وذلك بأن يتفقا على أن العقد لا

---

(١) عبد المنعم البدراوي؛ المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٥٨.
(٢) عبد المنعم البدراوي. المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٥٩.

ينعقد إلا بإفراغه في شكل معين أو بتسليم المحل المعقود عليه أو تنفيذ شطر من التزام أحد الطرفين. مثال ذلك أن يتفق البائع والمشتري على أن البيع لا ينعقد إلا إذا تحرر به سند كتابي رسمي أو عرفي. كما أنه في عقود التأمين يشترط غالباً ألا يتم العقد إلا بعد أن يدفع المؤمن له القسط الأول، فبذلك يكون العقد عقداً عينياً.

المطلب الثاني: عقود المساومة وعقود الإذعان

إذا كان الأصل في القوانين الحديثة هو مبدأ حرية التعاقد، كوجه من أوجه مبدأ سلطان الإرادة والذي بمقتضاه أن يكون للشخص إبرام أو عدم إبرام ما يشاء من عقود، كما يكون للمتعاقدين حرية تحديد مضمون العقد بإرادتهما، إلا أنه مع ذلك قد ظهرت في الحياة العملية عقود القبول فيها يقتصر على مجرد التسليم بما يعرض على المتعاقد من شروط دون مناقشة ما تتضمنه هذه الشروط، وهذه ما تسمى بعقود الإذعان. ولذلك يجب أن ندرس أساس تقسيم العقود إلى عقود مساومة Contrats de gré à gré وعقود إذعانContrat d'adhésion ثم نعرض بعد ذلك لإهمية هذا التقسيم.

أولاً: أساس التقسيم

يكمن أساس هذا التقسيم فيما إذا كان العقد يقوم على المساومة بين الطرفين على قدم المساواة من عدمها. فإذا كان يسبق العقد تفاوض بين الطرفين بحيث يتناقشان خلاله في شروط العقد وبالتالي يتحدد مضمون العقد في نهاية الأمر نتيجة أخذ ورد بين الطرفين، ينزل كل منهما عن بعض ما كان يريده في بادىء الأمر، فإن هذا العقد يكون عقد مساومة[1]. وهذه هي الصورة التقليدية للعقد، التي لم يعن فقه القرن التاسع عشر بغيرها. أما إذا استقل أحد الطرفين بوضع شروط التعاقد مقدماً في صيغة مفصلة بحيث ينضم إلى هذا المشروع كل من يريد التعامل مع الطرف الأول، فيقتصر القبول على مجرد التسليم بهذه الشروط دون مناقشة، فإن هذا العقد يكون

---

(١) عرفت المادة ١٧٢/١ موجبات وعقود لبناني عقد التراضي، والأولى أن تسمية عقد المساومة لأن لفظ التراضي لفظ عام ينطبق على كافة العقود الرضائية، بأنه العقد «الذي تجري المناقشة والمساومة في شروطه وتوضع بحرية بين المتعاقدين (كالبيع العادي والإيجار والمقايضة والإقراض).

عقد إذعان. ولذلك نجد أن المادة ١٧٢/ ٢ موجبات وعقود لبناني تنص على أنه «عندما يقتصر أحد الفريقين على قبول مشروع نظامي يكتفي بعرضه عليه ولا يجوز له من الوجه القانوني أو الفعلي أن يناقش في ما تضمنه، يسمى العقد إذ ذاك عقد موافقة (كتعاقد على النقل مع شركة سكة حديدية أو عقد الضمان).

ما يجب ملاحظته أنه في عقد الإذعان وإن كان ينتقص من حرية الطرف الضعيف إلا أنه لا يعدمها. فالشخص ما زال في وسعه أن يقبل التعاقد أو يرفضه برمته دون مناقشة. كما أن هذه العقود لا تكفي وحدها لإنتاج أثر قانوني، فهي لا تفرض نفسها على الغير دون رضائهم، بل لا بد من أن يقترن بها إرداة الطرف الآخر، أي لا بد من تلاقي إرادتين، وهذا هو جوهر العقد.

ومن أمثلة عقود الإذعان عقد الاشتراك في المياه والنور والغاز والتليفون، وعقد النقل بالسكك الحديدية، والبواخر، والطائرات، والسيارات العامة، وعقد التأمين... إلخ.

فعقد الإذعان عقد حقيقي، ولكنه يتضمن تفاوتاً في مركز الطرفين من الناحية الاقتصادية لا من الناحية القانونية. كما أن كل ما يرد على حرية القابل في عقود الإذعان لا يعدو أن يكون نوعاً من الضغط الاقتصادي الذي لا أثر له في قيام الرضى، وبالتالي في وجود العقد.

ولم يرد في التقنيات الحديثة تعريف محدد لعقود الإذعان، وإنما اكتفت بوصف القبول فيها[١]، على أن الرأي السائد في الفقه[٢]، والقضاء[٣]، أن نطاق عقود الإذعان

---

(١) انظر مع ذلك نص المادة ١٠٠ من القانون المدني المصري والذي ينص على أنه «القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها» انظر م ١٠١ مدني سوري (مطابق)، م ١٠٠ مدني ليبي (مطابق)، م ١٧٦/١ مدني عراقي (موافق)، ١٧٢/٢ لبناني (موافق)، م ٨٠ مدني كويتي (موافق).

(٢) انظر السنهوري، الوسيط، جزء ١ فقرة ١١٦ ص ٢٤٥، مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ١٨٢ ص ٢٠٥ إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٥ ص ١٣٦، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٨٦ ص ١١١، توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٤٦، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٥١ ص ٧٥، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٦ ص ٢٠٦.

(٣) انظر نقض مدني (مصري)، في ١٢/٣/١٩٧٤ م، مجموعة أحكام النقض س ٢٥ ص ٤٩٢ قاعدة ٨.

يتحدد بخصائص ثلاثة:

أولاً: أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين.

ثانياً: احتكار لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل عدم تعرضه بالنسبة لها إلا لمنافسة محدودة النطاق.

ثالثاً: أن يكون الإيجاب موجهاً إلى الجمهور كافة بشروط متماثلة ولمدة غير محدودة[1].

ويرى الفقه الحديث أن هذه الشروط لا محل لها حيث لا أساس لها من نصوص القانون. ويقصد الفقه من وراء ذلك بسط حماية أوسع على الطرف الضعيف اقتصادياً عن طريق التوسع في مفهوم عقد الإذعان[2].

وتعتبر عقود الإذعان ظاهرة جديدة اقتضتها المدنية الحديثة، ولذلك فإن الأقدمين لم يعرفوها ولم تتناولها شرائعهم، وإن عرفوا أصل وجودها المتمثل في الاحتكار، وعادوه وحاربوه. ولقد كانت الشريعة الإسلامية كدأبها في السبق إلى كل ما هو خير، سباقة إلى محاربة الاحتكار ومعاداته والعمل على وقاية الناس من شروره وآثامه. وفي ذلك يقول عليه أفضل صلوات الله: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون». ويقول: «لا يحتكر إلا خاطىء»[3].

ثانيا: أهمية التقسيم

إذا كان من المستقر عليه في الفقه والقضاء أن عقود الإذعان تعتبر عقوداً حقيقية، إلا أنه لا يمكن مع ذلك، تجاهل التفاوت الاقتصادي في مركز الطرفين واستقلال الطرف القوي منهما بوضع شروط العقد. ولذلك تقتضي العدالة أن يهيىء القانون الوسائل التي تكفل حماية الطرف الضعيف حتى لا يكون ضحية للطرف القوي.

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، جزء ٢ ص ٦٩.
(٢) انظر نبيل سعد «نحو قانون خاص بالإئتمان»، منشأة المعارف، ١٩٩١، ص ٩١.
(٣) انظر في تفصيل ذلك عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٥ ص ٢٠٥ هامش ٢.

ولذلك استقرت القوانين المدنية الحديثة على وضع الوسائل الكفيلة بحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان بصفة عامة.

فنجد معظم القوانين المدنية العربية، مثلاً، تخوّل القاضي سلطة تعديل عقد الإذعان إذا كان قد تضمن شروطاً تعسفية. فيجوز للقاضي، استثناءً من مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين «أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة» ولتدعيم هذه الحماية نصت هذه القوانين على أن «يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك» وذلك حتى يحول دون إدراج الطرف القوي في عقد الإذعان شرط يهدف من وراءه سلب القضاء هذه السلطة[1].

وكذلك نجد أن هذه القوانين تضمنت قواعد استثنائية في صدد تفسير عقود الإذعان[2]. فالمبدأ العام في هذه القوانين هو تفسير الشك لمصلحة المدين، ولكنها استثنت من هذا المبدأ عقود الإذعان ونصت بصددها على أنه «لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارّاً بمصلحة الطرف المذعن» ومعنى ذلك أن الشك في شروط من شروط عقد الإذعان يفسر لمصلحة، الطرف المذعن، سواء كان دائناً أو مديناً في ذلك الشرط. وأساس هذه القاعدة أن الطرف الآخر، القوي اقتصادياً، هو الذي يستقل بوضع شروط العقد، ولديه من الوسائل ما يمكنه من صياغة هذه الشروط واضحة بينة، فإذا شاب عبارات العقد غموض كان ذلك راجع إليه فتقع عليه تبعته[3].

---

(١) انظر نص المادة ١٤٩ مدني مصري، ونص المادة ١٥٠ مدني سوري (مطابق)، والمادة ١٤٩ مدني ليبي (مطابق) والمادة ١٦٧/ ٢ مدني عراقي (موافق) والمادة ٨١ مدني كويتي (موافق). المشرع اللبناني خص عقد العمل بتنظيم خاص قصد به حماية الإجراء (٦٢٤٢ ـ ٦٥٦ موجبات وعقود) وفي قانون العمل، وكذلك عقد الضمان (عقد التأمين) (م ٩٥٠ ـ ١٠٢٠ موجبات وعقود) ولكنه لم يضع قواعد عامة تنطبق على عقود الإذعان عموماً.

(٢) انظر نص المادة ١٥٠ مدني مصري، والمادة ١٥٢ مدني سوري (مطابق)، والمادة ١٥٣ مدني ليبي (مطابق) وكذلك في هذا المعنى نفسه م ١٥٠ ـ ١٥١ والمادة ١٦٧/ ٢ مدني عراقي (موافق) ونص المادة ٨٢ مدني كويتي (موافق).

(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابع، فقرة ٧٥، ص ١٣٥.

المبحث الثالث: تقسيم العقود بالنظر إلى آثارها

وفي هذا التقسيم ندرس تقسيم العقود إلى: أولاً: عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد. ثانياً: عقود معاوضة وعقـود تبـرع. وثالثاً: عقود محددة وعقود احتمالية. رابعاً: عقود فورية وعقود زمنية.

المطلب الأول: العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد

هناك من العقود ما ينشىء التزامات على طرفيه، ومنها ما ينشىء التزامات على أحدهما ولذلك تنقسم العقود من هذه الزاوية إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد، ونعرض الآن لأساس هذا التقسيم، ثم بعد ذلك لأهمية التقسيم.

أولا: أساس التقسيم

يكمن معيار التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد فيما إذا كان العقد ينشىء التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، أم أنه ينشىء التزامات في جانب أحد المتعاقدين فقط.

وعلى ذلك فإن العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي ينشىء التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، بحيث يكون كل منهما دائناً ومديناً في الوقت نفسه للطرف الآخر، (م ١٦٨/ ٢ موجبات وعقود لبناني)، ففي البيع مثلاً نجد أن البائع يلتزم بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه مقابل التزام المشتري بدفع الثمن. ونجد أن المشتري يلتزم بدفع الثمن في مقابل التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه. ففكرة التقابل بين الالتزامات هي التي تميز العقد الملزم للجانبين ولذلك يطلق عليه أيضاً العقد التبادلي. ومثل ذلك أيضاً في عقود الإيجار والمقاولة، والعمل والشركة... إلخ.

أما العقد الملزم لجانب واحد فهو العقد الذي لا ينشىء التزامات إلا في جانب أحد المتعاقدين، بحيث يكون أحد المتعاقدين مديناً غير دائن والمتعاقد الآخر دائناً

غير مدين (م ١٦٨/ ٢ موجبات وعقود لبناني) مثل ذلك الهبة يلتزم فيها الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب وتسليمه ولا يلتزم الموهوب له بشيء في مقابل ذلك. ولذلك يكون الواهب مديناً فحسب بالتزامه بنقل ملكية الشيء الموهوب، ويكون الموهب له دائناً فحسب بانتقال الملكية، ومثل ذلك في عقود الوديعة والوكالية بغير أجر.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن العقد الملزم لجانب واحد هو كسائر لعقود لا يتم إلا بتلاقي إرادتين. فهو تصرف قانوني ثنائي في نشأته فردي في آثاره، فلفظ «جانب واحد» إذا اقترن بالعقد كان المقصود هو أثر العقد لا تكوينه. وذلك بخلاف التصرف القانوني الصادر من جانب واحد. فهو يتم بإرادة منفردة، ومثال ذلك الوصية والوقف. فالتصرف القانوني في مثل هذه الأحوال ينشأ بالإرادة المنفردة، ولذلك فلفظ «جانب واحد» إن اقترن بالتصرف القانوني كان المقصود هو تكوين العمل القانوني لا أثره[1].

وللتفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد أهمية كبرى وذلك لاختلاف القواعد المطبقة على كل منهما، وهذا هو موضوع الفقرة التالية.

ثانيا: أهمية التقسيم

سبق أن رأينا أن أساس التقسيم بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد، يكمن في التقابل بين التزامات الطرفين في العقد الملزم للجانبين، ولذلك فإن القانون قد اعتد بهذا التقابل ورتب عليه بعض النتائج ومنها:

١ ـ من حيث الفسخ: تتبدى أهمية التفرقة بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد في أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه في العقد الملزم للجانبين جاز للمتعاقد الآخر أن يتحلل من التزامه بأن يطلب من القاضي الحكم له بفسخ العقد فيزول العقد بأثر رجعي (م ١/١٥٧ مدني مصري، م ٢٤١ موجبات وعقود لبناني) أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا محل للفسخ لانعدام التقابل بين التزامات الطرفين، حيث إنه لا يوجد إلا التزامات في جانب أحد المتعاقدين فيكون

(١) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٥ ص ٦٢، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ١٧٩ ص ٢٨٦، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٣/ ص ٧.

مديناً غير دائن ويكون المتعاقد الآخر دائناً غير مدين. ولذلك فإن إخلال المدين بالتزامه في هذا العقد يعطي للدائن الحق في المطالبة بإجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، فإن استحال ذلك فإنه يطالب بالتنفيذ بمقابل، أي بالتعويض.

٢ ـ **من حيث الانفساخ وتبعة الهلاك**: وتظهر أهمية التفرقة أيضاً في أن القاعدة في العقود الملزمة للجانبين أنه إذا استحال تنفيذ التزام أحد المتعاقدين بسبب أجنبي لا يد له فيه انقضى هذا الالتزام وانقضى معه الالتزام المقابل، وعندئذ ينفسخ العقد بقوة القانون (م ٣٧٣ مدني مصري، م ٣٤١ موجبات وعقود لبناني).

أما في العقد الملزم لجانب واحد لا محل لتطبيق هذه القاعدة لانتفاء التقابل بين الالتزامات، حيث لا يوجد إلا التزامات في جانب أحد المتعاقدين دون المتعاقد الآخر. ولذلك إذا استحال تنفيذ التزام المدين، في العقد الملزم لجانب واحد، لسبب أجنبي لا يد له فيه انقضى التزامه ولا مسؤولية عليه.

ولكن يجب أن نتساءل هنا عن تبعة هذه الاستحالة، فهل تقع على عاتق المدين أم على عاتق الدائن؟ حيث إن الإجابة تختلف بحسب ما إذا كان العقد ملزماً للجانبين أم ملزماً لجانب واحد. ففي العقود الملزمة للجانبين تقع تبعة الهلاك على المدين (٢/٢٤٣ موجبات وعقود لبناني)، حيث إنه انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه لسبب أجنبي انقضى معه الالتزام المقابل وينفسخ العقد من تلقاء نفسه، فلا يستطيع المدين في الالتزام الذي استحال تنفيذه أن يطالب الطرف الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل، فتكون النتيجة أن الخسارة الناتجة عن الاستحالة تقع في نهاية الأمر على عاتقه. ففي عقد الإيجار مثلاً، إذا استحال على المؤجر لسبب أجنبي أن ينفذ التزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، فإنه يفقد حقه في الأجرة المتفق عليها، ولا يستطيع مطالبة المستأجر بأدائها إليه. وكذلك في عقد البيع إذا هلك المبيع بسبب أجنبي، قبل التسليم، استحال على البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية وتسليم الشيء المبيع، وانقضى تبعاً لذلك التزام المشتري بدفع الثمن وانفسخ عقد البيع بقوة القانون، فهنا نجد أن البائع يفقد حقه في الثمن المتفق عليه حيث لا يستطيع أن يطالب المشتري بأدائه له، وإنما عليه أن يتحمل تبعة الهلاك. في القانون اللبناني يستثنى من هذه الناحية العقود الملزمة للجانبين الناقلة للملكية حيث تجعل تبعة الهلاك على المالك (م ٣/٢٤٣ موجبات وعقود). أما إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد فإن

الذي يتحمل تبعة الاستحالة هو الدائن لا المدين. ففي الوديعة بغير أجر، إذا هلك الشيء المودع لسبب أجنبي استحال على المودع عنده أن يرده إلى المودع وينقضي بذلك التزامه بالرد، ليس على الدائن (المودع) التزام مقابل يتحلل منه في مقابل انقضاء التزام المدين (المودع لديه)، فتكون النتيجة أن الدائن (المودع) هو الذي تحمل الخسارة الناشئة عن استحالة تنفيذ الالتزام.

٣ - من حيث الدفع بعدم التنفيذ: القاعدة في العقود الملزمة للجانبين، أنه إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ. وهذا الدفع يقوم على فكرة التقابل في الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين والغرض من هذا الدفع هو حمل المتعاقد المتقاعس على القيام بتنفيذ ما التزم به. ولذلك فإنه لا محل للدفع بعدم التنفيذ في العقد الملزم لجانب واحد، حيث لا ينشيء هذا العقد إلا التزامات في جانب أحد المتعاقدين دون المتعاقد الآخر.

٤ - فيما يتعلق بالاثبات الكتابي (الخطى) وهذا الفارق نص عليه قانون الموجبات والعقود اللبناني، أسوة بالقانون الفرنسي، فأوجبت المادة ٣٦٣ / ٢ موجبات وعقود (انظر أيضاً م ١٥٢ من قانون أصول المحاكمات) أن يكتب من العقد التبادلي نسخ متعددة بقدر عدد المتعاقدين ذوي المصالح المتعارضة، وإذا لم تراع هذه القاعدة لا يعد السند إلا بمثابة بداءة بينة خطية على قيام العقد (بداية ثبوت الكتابة) وتبرر هذه القاعدة بتحقيق المساواة بين المتعاقدين حيث أن إنشاء السند من نسخة واحدة يتسلمها أحد المتعاقدين يؤدي إلى الإضرار بالآخرين فإن هذا المتعاقد قد يستطيع إخفاءها أو إتلافها إذا رأى أن العقد لا يحقق مصلحته. هذه القاعدة منتقدة حيث يكفي التوقيع وحدة لإثبات ورضا المتعاقد وبالتالي إلتزامه بالعقد[١].

المطلب الثاني: عقود المعاوضة وعقود التبرع

إن من أهم تقسيمات العقود هو تقسيمها إلى عقود معاوضة وعقود تبرع. فهناك من العقود ما يأخذ عاقدها مقابلاً لما يعطيه، وهذه عقود بغير مقابل، أي عقود تبرع.

(١) ولذلك لم تأخذ التقنينات العربية الحديثة بأي من هاتين القاعدتين واكتفت بالتوقيع وحده سواء كان السند مثبتاً لعقد تبادلي أو غير تبادلي.

وعلى ذلك يجب أن نقف على أساس التقسيم، ثم بعد ذلك على أهمية هذا التقسيم.

أولاً: أساس التقسيم

وأساس التقسيم بين عقود المعاوضة وعقود التبرع هو حصول المتعاقد على مقابل لما يعطيه أو عدم حصوله عليه مع انصراف نيته إلى ذلك.

وعلى ذلك يكون العقد معاوضة إذا كان كل من المتعاقدين يأخذ فيه مقابلاً لما أعطاه. ومثاله عقد البيع والمقايضة والإيجار وعقد العمل. وعقد التبرع هو العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلاً لما يعطي، ومع انصراف النية إلى ذلك، ومثاله عقد الهبة والعارية.

ولذلك يمكننا أن نخلص إلى أن معيار التفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع هو معيار ذو شقين: **الشق الأول**: إنتفاء المقابل أو العوض المعادل، أي أن أحد المتعاقدين يعطي دون أن يأخذ عوضاً أو مقابلاً. **والشق الثاني**. هو نية التبرع أي تنصرف نية أحد المتعاقدين إلى إعطاء المتعاقد الآخر قيمة مالية دون مقابل يعادلها. وباجتماع هذين العنصرين يعتبر العقد من عقود التبرع(١).

وتطبيقاً لهذا المعيار فإنه إذا أبرم عقد هبة، مع فرض التزامات على الموهوب له لمصلحة الواهب تستغرق قيمة الموهوب، كان العقد معاوضة لا تبرعاً، لتخلف الشق الأول لعقد التبرع. بينما لا ينفي عن العقد وصف التبرع ما دامت قد توافرت نية التبرع، حتى ولو فرض على الموهوب له التزام لمصلحة الواهب، بشرط أن تكون قيمته أقل من قيمة المال الموهوب(٢). وبالمثل البيع الذي تحصل فيه مجاملة في

---

(١) وقد نصت المادة ١٦٩ موجبات وعقود لبناني على أن «العقد ذو العوض هو الذي يوضع لمصلحة جميع المتعاقدين فينالون منه منافع تعد متعادلة على وجه محسوس (كالبيع والمقايضة والإيجار وعقد الاستخدام والقرض ذي الفائدة).

«والعقد المجاني هو الذي يوضع لمصلحة فريق واحد بدون أن يكون للفريق الآخر أمل ينفع يعادل على وجه محسوس التضحية التي رضي بها (كالهبة وعارية الاستعمال وإقراض النقود بلا فائدة) وتبقى للعقد صفته المجانية ولو كان الفريق المنتفع ملزماً ببعض تكاليف أو موجبات وأن تكـن عائده إلى مصلحة المنتفع منه (كالهبة ذات التكاليف) إذ أنه يجب النظـر إلى العقد بجملته وبحسب الروح التي انشىء بها».

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص ٦٧.

الثمن بحيث يأخذ البائع ثمناً يقلّ عن قيمة المبيع لمجاملة المشتري مثلاً، كما إذا كان قريبه أو صديقه، يظل مع ذلك عقداً من عقود المعاوضة، ما دامت المجاملة لا تتجاوز حدودها[١].

ويذهب الفقه إلى التمييز في عقود التبرع بين الهبات وعقود التفضل. ففي الهبة يخرج مال من ذمة الواهب بغير مقابل. أما في عقد التفضل فيقدم المتبرع بغير مقابل خدمة أو منفعة للمتبرع له دون أن يخرج مال من ذمته، مثل ذلك عارية الاستعمال والوكالة والوديعة بغير أجر. فالهبة إذن أشد خطراً من عقود التفضل لذلك جرت كثير من التشريعات الحديثة على اشتراط الشكلية في الهبات المباشرة دون عقود التفضل[٢].

وكذلك مما يجب التنبيه إليه أنه ليس هناك تطابق تام بين عقود تقسيم العقود إلى عقود معاوضة وعقود تبرع وتقسيمها إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد. وذلك راجع إلى أن الأساس مختلف في القسمين، كما يتضح مما سبق بيانه. كما أن سبب هذا اللبس يعود إلى أن الغالب في عقود التبرع أنها عقود ملزمة لجانب واحد، هو المتبرع، دون الجانب الآخر وهو المتبرع له، كما هو الحال في الهبة والوديعة والوكالة بغير أجر، كما أن أغلب عقود المعاوضة تعتبر عقوداً ملزمة للجانبين.

وبالرغم من ذلك فإنه لا يوجد تطابق بين التقسيمين، كما هو الحال في الهبة ذات التكليف أو الهبة بشرط، وهي التي تفرض على الموهوب له أداء التزام معين. وكما في عارية الاستعمار حيث يلتزم المعير بتسليم الشيء المعار إلى لمستعير وبعدم المطالبة به طوال مدة العارية، ويلتزم المستعير بالمحافظة على لشيء ورده عند انتهاء هذه المدة. وعقد المعاوضة قد يكون عقداً ملزماً لجانب واحد، على أن هذه الصورة نادرة، ومن أمثلتها هبة المجازاة أو المكافأة التي تعقد وفاءً لالتزام طبيعي كقيام الأب بتقديم جهاز لابنته، أو يدفع المهر عن ابنه[٣]. وعقد الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد حيث لا يكون سبب التزام الواعد هو نية التبرع وإنما هو احتمال انعقاد البيع الموعود

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص ٦٧.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص ٦٨.
(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص ٦٨، ٦٩.

به في المستقبل، وبذلك يكون ذلك الوعد في مقابل عوض احتمالي[1] وعقد الكفالة بأجر يأخذه الكفيل من المدين لا من الدائن. فالكفالة تبرم بين الكفيل والدائن، ولا يعتبر المدين طرفاً فيها فإن أخذ الكفيل مقابلاً لكفالته من المدين، وأصبحت الكفالة بذلك من عقود المعاوضات، فإن هذا لا يمنع أن تلك الكفالة ترتب على الكفيل وحده التزامات، ولا ترتب التزامات ما على الدائن، وهو طرفها الآخر، فالكفالة هنا تعتبر ملزمة لجانب واحد، برغم أنه من أعمال المعاوضات[2].

ثانيا: أهمية التقسيم

للتفرقة بين عقود المعاوضات وعقود التبرع أهمية كبرى، ومن مظاهر تلك الأهمية ما يلي:

١ ـ تختلف قواعد الأهلية والولاية على المال في التبرعات عنها في المعاوضات. فمن حيث الأهلية: نجد أن المشرّع يشترط أقصى درجات الأهلية في المتبرع وأخفها في المتبرع له، اعتباراً بأن الأول يجري عملاً يضره ضرراً محضاً، وأن الثاني يجري عملاً ينفعه نفعاً محضاً. أما في عقود المعاوضة فالقانون يشترط في المتعاقد أهلية إبرام التصرفات الدائرة بين النفع والضرر[3]. ومن حيث الولاية على المال: لا يجوز للولي على المال، سواء كان ولياً شرعياً ـ أباً أو جدًا ـ أو وصيًا أو قيماً، أن يتبرع من مال الصغير أو المحجور عليه إلا بإذن من المحكمة وبشرط أن يكون التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي. أما المعاوضات فيختلف الحكم في شأنها. فالأصل أن للولي الشرعي إن كان هو الأب القيام بها بغير إذن سواء كانت أعمال تصرف أو أعمال إدارة. أما الجد والوصي والقيم فالأصل أن لهم القيام بأعمال الإدارة بغير إذن، أما أعمال التصرف فلا بد فيها من إذن المحكمة[4].

٢ ـ الأصل في التصرفات التي تقوم على التبرع هو أنها تعتبر أعمالاً مدنية وليست تجارية. إذ إن التجارة تقوم على المضاربة وتحقيق الربح، فالتبرع غريب

---

(١) جلال العدوي، أصول المعاملات ص ٩٩.
(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ص ٧١ هامش ١.
(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٩ ص ٦٩، ٧٠.
(٤) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص ٦٧.

عنها. أما المعاوضات، فقد تتسم أحياناً بالصفة المدنية، وأحياناً بالصفة التجارية على حسب الأحوال[1].

٣ ـ الأصل في عقود التبرع أن لشخصية المتعاقدين اعتبارها، ولذلك كان الأصل أن الغلط في شخص المتعاقد قد يعيب الرضى في عقود التبرع فيجعل العقد قابلاً للإبطال. أما في عقود المعاوضة فالأصل أن الغلط في شخصية المتعاقد لا يعتبر جوهريًا. لكن إذا كان شخص المتعاقد فيها محل اعتبار، كما هو الحال في عقد الشركة وعقد المزارعة وعقد العمل في هذه الحالة يعتبر الغلط في شخصية المتعاقد جوهريًا، وينهض سبباً لطلب إبطال العقد.

٤ ـ تختلف معاملة القانون للمتعاقد باختلاف ما إذا كان متبرعاً أو متبرعاً له أو متعاوضاً ـ فهو يعامل المتبرع معاملة أخف من تلك التي يعامل بها المتعاوض، فمسؤولية المودع عنده إن كانت الوديعة بغير أجر أخف منها إن كانت الوديعة بأجر[2]. في حين أنه يعامل المتبرع له معاملة أقسى وأشد من تلك التي يعامل بها المعاوض، ولذلك نجد أن مسؤولية المستأجر، وهو يؤدي أجرة في مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة، أخف من مسؤولية المستعير في عارية الاستعمال وهو لا يؤدي أي مقابل عن الانتفاع بالشيء المعار[3].

٥ ـ تختلف المعاوضات عن التبرعات بالنسبة إلى شروط إعمال الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في مواجهة دائنيه في القانون المصري. فإذا كان الدائن يطعن عن طريق هذه الدعوى في عقد معاوضة فإنه يجب أن يثبت أن من تعاقد مع المدين كان متواطئاً معه على الإضرار بالدائنين[4]. أما إذا كان العقد المطعون فيه عقد تبرع فلا يشترط هذا التواطؤ[5]. وهذه التفرقة راجعة إلى أنه ليس من المعقول أن ينفذ تبرع المدين في حق دائنيه إذا لم يكن لديه ما يكفي لسداد ديونه، كما

---

(١) انظر المادة ٧٢٠ مدني مصري على سبيل المثال.

(٢) انظر المادة ٧٢٠ مدني مصري على سبيل المثال، م ٦٩٦، ٧١٣ موجبات وعقود لبناني.

(٣) قارن المادة ٥٨٣ مدني مصري في الإيجار بالمادة ٦٤١ مدني مصري في العارية على سبيل المثال وانظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص ٦٨، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٦ ص ٧٠.

(٤) م ٢٣٨/ ١ مدني مصري، م ٢٧٨ موجبات وعقود لبناني.

(٥) م ٢٣٨/ ٢ مدني مصري، م ٢٧٨ موجبات وعقود لبناني.

أن الدائن أولى بالرعاية من المتبرع له ولو كان حسن النية لأن الدائن يبغي من وراء طعنه أن يرفع عن نفسه الضرر الذي سببه تبرع المدين بمال من أمواله في الوقت الذي لا تكفي فيه هذه الأموال لسداد ما عليه من ديون. كما أن الاستجابة للطعن والحكم بعدم نفاذ التبرع لن يترتب عليه سوى تفويت الفائدة التي تلقاها المتبرع له بغير مقابل، ومن الواضح أن دفع الضرر أولى من جلب المنفعة[1].

المطلب الثالث: العقود المحددة والعقود الاحتمالية

تنقسم العقود بحسب ما إذا كان من الممكن عند إبرامها تحديد قيمة الالتزامات الناشئة عنها أم لا، إلى عقود محددة وعقود احتمالية. ولندرس الآن أساس هذا التقسيم وأهميته.

أولاً: أساس التقسيم

وأساس التقسيم يكمن فيما إذا كان كل متعاقد يعلم سلفاً نطاق الالتزام الملقى على عاتقه، ونطاق الالتزام الملقى على عاتق الطرف الآخر بطريقة محددة وقت إبرام العقد أم لا.

فالعقد المحدد إذن هو العقد الذي يمكن فيه لكل من المتعاقدين أن يحدد وقت إبرام العقد قدر ما يأخذ وقدر ما يعطي - ومثال ذلك عقد بيع شيء معين بمبلغ نقدي محدد كثمن وقت إبرام العقد، أو تأجير شيء معين لقاء مبلغ نقدي محدد كأجرة، وقت إبرام العقد فهنا نستطيع أن نتبين وقت التعاقد مدى ما يعطيه وما يأخذه كل من البائع والمشتري أو المؤجر والمستأجر. ولذلك تنص المادة ٢/١٧٠ على أن «عقد المعاوضة (والمقصود هنا هو العقد المحدد) هو الذي تكون فيه أهمية الموجبات معينة في الأصل على وجه ثابت بحيث يستطيع كل من المتعاقدين أن يعرف يوم التعاقد مقدار المنافع التي يجنيها من تعاقده ومبلغ التضحية التي رضي بها».

أما العقد الاحتمالي فهو ذلك الذي يكون الأداء الذي التزم به أحد الطرفين فيه متوقفاً في مقداره أو في وجوده ذاته على أمر غير محقق الوقوع، على مجرد احتمال،

(١) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٩ ص ٧٠.

بحيث لا يمكن وقت التعاقد تحديد القدر الذي يعطيه أحد الطرفين أو القدر الذي يأخذه، فلا يعرف وقت التعاقد أي العاقدين سينال ربحاً وأيهما ستصيبه الخسارة[1].
ومن أمثلة العقد الاحتمالي عقد التأمين على الحياة، وعقد البيع الذي يكون الثمن فيه إيراداً يؤديه المشتري للبائع مدى حياته. ففي عقد التأمين على الحياة لا نستطيع أن نعرف وقت إبرام العقد، قيمة المبالغ التي يدفعها المؤمن له لشركة التأمين، فهذه القيمة تتأثر بطول حياة المؤمن له أو قصرها، فهو قد يموت بعد أداء قسط واحد، وقد تمتد به الحياة إلى أن يدفع الكثير منها. كذلك في عقد البيع الذي يكون الثمن فيه إيراداً مرتباً لمدى حياة المشتري، فلا يعرف المشتري وقت التعاقد مقدار ما سيعطي، ولا البائع يعرف مقدار ما سيأخذ، إذ إن مقدار الثمن لا يتحدد إلا بموت البائع حيث ينتهي أداء الإيراد الدوري المشروط، والموت أمر لا يعرف وقت حصوله[2]. ولذلك تنص المادة ٣/١٧٠ موجبات وعقود لبناني على أن «عقد الغرر هو الذي يكون فيه شأن أحد الموجبات أو عدة منها أو كيان الموجبات موقوفاً على عارض يحول الشك في وقوعه دون القيام بتقدير من هذا القبيل (كعقد ضمان أو عقد دخل لمدة الحياة).

ثانيا: أهمية التقسيم

إن كان لهذه التفرقة أهمية فإنها تبدو أكثر وضوحاً من الناحية الاقتصادية عنها من الناحية القانونية، ومع ذلك فإن هناك بعض نتائج قانونية تترتب على هذا التقسيم:

١ ـ تظهر أهمية التفرقة بين العقود الاحتمالية والعقود المحددة فيما يتعلق بتطبيق أحكام الغبن، خاصة في ظل القانون الفرنسي، إذ كان يقتصر تطبيق تلك الأحكام على العقود المحددة فقط دون العقود الاحتمالية. وذلك راجع إلى الاعتقاد بأن الغبن لا يؤثر في العقود الاحتمالية، حيث إن الأساس الذي تقوم عليه هذه العقود هو غبن احتمالي يتحمله أحد المتعاقدين، ولكن الاتجاه الحديث يعمم تطبيق الغبن على العقود المحددة والعقود الاحتمالية، كل ما هناك يصبح معيار الغبن في العقود الاحتمالية ليس هو عدم التعادل بين الأداءات التي يؤديها الطرفان فعلاً، وإنما هو عدم

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٠ ص ٧١.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقر ٤٠ ص ٧١، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٥ ص ٧٥.

التعادل بين احتمال الكسب واحتمال الخسارة وقت العقد[1].

٢ ـ تبدو أهمية هذه التفرقة أيضاً من حيث تطبيق نظرية الظروف الطارئة، حيث إن الرأي السائد يتجه إلى هذه النظرية لا تنطبق إلا على العقود المحددة القيمة، إذ بصدد هذه العقود يمكن أن يتصور الاختلال الفادح في التعادل بين التزامات الطرفين الناشيء عن توافر شروط هذه النظرية. أما بالنسبة للعقود الاحتمالية فإنها تفترض بطبيعتها أن يتعرض أحد المتعاقدين للخسارة أو الربح، مهما كانت الخسارة ضخمة أو الربح كبيراً، على النحو الذي سيأتي بيانه بصدد دراسة نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الرابع: العقود الفورية والعقود الزمنية

تنقسم العقود بحسب ما إذا كان للزمن دخل في تحديد مدى ما يؤدي من الالتزامات الناشئة عنها أم لا، إلى عقود فورية وعقود زمنية. وندرس على التوالي أساس هذا التقسيم، ثم بعد ذلك نعرض لأهمية هذا التقسيم.

أولاً: أساس التقسيم

معيار التفرقة بين العقود الزمنية والعقود الفورية يرتكز أساساً على مدى جوهرية عنصر الزمن فيها أي مدى تدخل الزمن فيها لقياس مقدار الأداء في أي من الالتزامات الناشئة عنها.

وعلى ذلك فالعقد الفوري، هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، أي العقد الذي لا يتدخل الزمن فيه لقياس مقدار الأداء في أي من الالتزامات الناشئة عنه[2]. فالعقد الفوري هو العقد الذي يكون تنفيذه فورياً ولو تراخى التنفيذ إلى أجل أو آجال متعاقبة.

فالبيع الذي يسلّم فيه الشيء المبيع في الحال بثمن يدفع فوراً، هو عقد فوري

(١) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٧٢، ٧٣، توفيق فرج، المرجع السابق ص ٤٥. وقد أخذت المادة ٢١٤ موجبات وعقود بهذا الاتجاه الحديث فنصت في فقرتها الثانية على أنه «يمكن إلى الدرجة المعينة فيما تقدم، إبطال عقود الغرر نفسها بسبب الغبن».

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٢ ص ٧٣.

ينعدم فيه عنصر الزمن. بل وإن البيع بثمن مؤجل لا يزيل عن العقد الطبيعة الفورية وذلك راجع إلى أن تدخل عنصر الزمن فيه يعتبر عرضياً لا يؤثر في تحديد الثمن، وإنما هو مجرد موعد يتحدد به زمن التنفيذ كما يبقى البيع فورياً إذا كان بثمن مجزأ على أقساط متعاقبة. إذ إن دفع الثمن على أقساط، هو مجرد تأجيل لأدائه إلى آجال متعاقبة. والآجال هنا عناصر عرضية لا تؤثر على تحديد مقدار الثمن[1].

أما العقد الزمني فهو العقد الذي يكون الزمن فيه عنصراً جوهرياً، أي العقد الذي يتدخل الزمن فيه لقياس الأداء في أي من الالتزامات الناشئة عنه. فعقد الإيجار عقد زمني لأنه يرد على المنفعة، والزمن هو الذي يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها، وبالتالي ما يقابل ذلك من أجرة. وبالمثل عقد العمل. فالعقد الزمني هو العقد الذي يندمج فيه الزمن ويكون عنصراً جوهرياً فيه، بحيث لا يتصور قيام العقد منفصلاً عن الزمن، ويكون هو المعيار الذي يقدر به محل العقد[2].

والعقود الزمنية: تنقسم بدورها إلى عقود مستمرة وعقود دورية. والعقود المستمرة هي العقود الزمنية ذات التنفيذ المستمر والممتد في الزمن، ولذلك تسمى عقوداً زمنية بطبيعتها. ومثالها عقدا لإيجار وعقد العمل. والعقود الدورية هي العقود الزمنية ذات التنفيذ الدوري، أي التي يتكرر فيها الأداء على نطاق زمني محدد لسد حاجات متكررة وذلك وفقاً لاتفاق المتعاقدين. ومثالها عقد التوريد وعقد الإيراد المرتب مدى الحياة. وواضح من هذه التفرقة أن محل التعاقد في العقود الدورية قد اقترن بالزمن وفقاً لإرادة المتعاقدين، بينما في العقود المستمرة نجد أن الزمن عنصر أصيل في طبيعتها.

ثانيا: أهمية التقسيم

سبق أن رأينا أن العقد الفوري ينفصل عن الزمن فلا يقاس به محل التعاقد ولا يتأثر به. أما العقد الزمني فيقترن بالزمن بحيث يكون فيه الزمن هو المقياس الذي يقدر به محل العقد. ويترتب على ذلك نتائج قانونية هامة نجملها فيما يلي:

(١) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ١٨٢ ص ٢٩٢.
(٢) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ١٨٢، ص ٢٩٣.

١ ـ **من حيث الفسخ**: تتبدى أهمية التفرقة عند تطبيق أحكام الفسخ. فنجد أن فسخ العقد الزمني لإخلال أحد الطرفين بالتزامه لا يكون له أثر رجعي، وذلك راجع إلى أن ما تم تنفيذه من أداءات قد تم وفقاً لعقد صحيح وبالتالي فإن الفسخ كجزاء لعدم التنفيذ اللاحق للأداءات لا يؤثر فيما تم تنفيذه من هذه الأداءات[١].

٢ ـ **من حيث تطبيق نظرية الظروف الطارئة**: العقد الزمني لا يتصور وجوده إلا مقترناً بالزمن، وبالتالي فإنه بقدر ما يمتد يكون عرضه لتغير الظروف. ولذلك فإن هذه العقود كانت المجال المختار والطبيعي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة. أما العقد الفوري فلا يتصور انطباق هذه النظرية عليه إلا إذا كان متراخياً في التنفيذ، كما سوف نرى تفصيلاً عند دراستنا لنظرية الظروف الطارئة.

٣ ـ **من حيث أثر وقف التنفيذ**: إذا أدت قوة قاهرة إلى وقف تنفيذ التزام البائع بتسليم المبيع مؤقتاً، ثم استأنفت هذا العقد سيرته الأولى بعد زوال سبب الوقف، فإنه يجب تنفيذ الالتزام كما كان قبل الوقف، وبالتالي ليس هناك أي أثر للوقف على مقدار الأداء. أما إذا أدت القوة القاهرة، في عقد إيجار محدد المدة بسنة، إلى وقف تنفيذ المؤجر لالتزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين لمدة ثلاثة أشهر، ثم زال سبب الوقف واستأنف العقد تنفيذه، فإنه سيترتب على هذا الوقف في التنفيذ إلى انتقاص المعقود عليه وهو الانتفاع بالعين المؤجرة بنفس قدر مدة الوقف، ثلاثة شهور، وبذلك تصبح مدة العقد تسعة أشهر بدلاً من سنة.

---

(١) قارن إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٣ ص ٧٥، وانظر في تعليل الفقه السائد الذي يرى أن الفسخ في العقود الزمنية لا يمكن أن يكون له أثر رجعي لأن ما نفذ من الالتزامات المترتبة على هذه العقود لا يمكن إعادته لارتباطه بالزمن الذي لا يمكن إرجاعه. انظر السنهوري، الوسيط، جزء ١، فقرة ٦٦ ص ١٨٠ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٤ ص ٧٥، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ١٨٢ ص ٢٩٣، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٣٣ ص ٣٥، جلال العدوي، أصول المعاملات ص ١٠٢.

الفقه الإسلامي التقليدي ـ لم يلجأ إلى تقسيم عام شامل للعقود

وهذا الموقف للفقه الإسلامي التقليدي ليس بغريب، حيث إن فقهاء المسلمين لم يصلوا إلى حد وضع نظرية عامة للعقد، تتضمن بين رحابها الأسس التي تقوم عليها العقود بوجه عام. والأحكام المشتركة التي تسري عليها كلها أو أكثرها، حيث اقتصرت اجتهاداتهم على استنباط الحلول الفردية الخاصة بالمسائل المختلفة من غير أن يعمدوا إلى التأصيل والتركيز، إلا في أقل القليل[١].

ولذلك نجد في كتب الفقه الإسلامي عقود مسماة تأتي عقداً بعد عقد على ترتيب غير منطقي ويختلف هذا الترتيب في كتاب عنه في كتاب آخر[٢]. وقد نحت «المجلة» منحى الفقه الإسلامي التقليدي. فلم تتعرض لتقسيمات العقود. واكتفت بسرد أحكام كل منها وفق ترتيب اتبعته، لا نرى فيه منطقاً ولا ضابطاً ولا حتى مجرد فكرة تجمع بين ما تقدم منها وما تلاه، إلا في القليل. وقد أفردت المجلة كتاباً خاصاً لكل عقد، فيما عدا الوديعة والعارية حيث جمعتهما في كتاب واحد، أطلق عليه عنوان «الأمانات»[٣].

الفقه الإسلامي المعاصر ـ محاولات واجتهادات فردية غير كاملة:

إذا كان التقليديون من فقهاء المسلمين لم يلجأوا إلى تقسيم العقود، فإن بعض المحدثين منهم، متأثرون في ذلك بالفقه القانوني المعاصر، قد حاولوه، وإن لم يصلوا إلى ذروة النجاح[٤].

ولعل أقرب تقسيمات العقود إلى المنطق فيما قال به فقهاء المسلمون الحديثون، هو ذاك الذي قال به الأستاذ أحمد قدري باشا في مؤلفه القيم «مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان» وهو يقوم على تقسيم العقود بحسب موضوعها،

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٧، ص ٨٠.
(٢) السنهوري، مصادر الحق، ص ٨٠.
(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ٨١.
(٤) انظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٧، ص ٨١ وخاصة هامش ١.

إلى عقود ترد على الأعيان لتمليكها بعوض (البيع)، أو بغير عوض (الهبة)، وعقود ترد على عمل معيّن من الأعمال الصناعية وعلى خدمة معيّنة». وقد أخذ القانون العراقي بهذا التقسيم[1].

(١) انظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ٨١، وانظر في عرض تفصيلي لهذه التقسيمات السنهوري، مصادر الحق، جزء ١، ص ٧٩ وما بعدها.

الباب الثاني
تكوين العقد

في هذا الباب ندرس أركان العقد وشروط صحته، ثم بعد ذلك نعرض لجزاء تخلف أحد هذه الأركان أو تلك الشروط، وهو ما يسمى بنظرية البطلان.



الفصل الأول

أركان العقد وشروط صحته

ركن العقد هو ما لا يقوم العقد بدونه. وقوام العقد وجوهره هو الإرادة. والإرداة ما هي إلا تراضي المتعاقدين. لكن إذا كان التراضي هو قوام العقد وجوهره، إلا أن لهذا التراضي موضوعاً أو محلاً يرد عليه، وله سبب يدفع إليه، أي غاية معينة يراد تحقيقها بإبرام العقد وإنشاء الالتزامات[(١)]. وعلى ذلك فإن أركان العقد ثلاثة: التراضي، المحل، السبب. وسوف ندرس هذه الأركان الثلاثة على التوالي.

وإذا كان بوجود التراضي، وبتوافر الشروط التي يوجبها القانون في المحل والسبب، ينعقد العقد، إلا أن ذلك وحده لا يكفي لاستقرار العقد، بل يجب علاوة على ذلك أن يكون رضى كل من العاقدين رضى صحيحاً، أي يجب أن يتوافر للعقد شرائط صحته، وهذا ما سوف نراه عند دراسة التراضي[(٢)].

المبحث الأول: الرضى

بصدد دراستنا للرضى يجب التفرقة بين القواعد الخاصة بوجوده وتلك الخاصة بشروط صحته. فالتراضي يعني وجود إرادة يعتد بها القانون، ثم التعبير عن هذه الإرادة، ثم تلاقي إرادتين وتطابقهما وبذلك، مع توافر الشروط التي نص عليها القانون

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٢ ص ٧٧.

(٢) تنص المادة ١٧٧ موجبات وعقود على أنه «لا مندوحة: ١ ـ عن وجود الرضى فعلاً. ٢ ـ عن شموله لموضوع أو لعدة مواضيع. ٣ ـ عن وجود سبب يحمل عليه. ٤ ـ عن خلوه من بعض العيوب. ٥ ـ عن ثبوته في بعض الأحوال، بشكل معين.

في المحل والسبب، ينعقد العقد. على أن وجود الإرادة وحده لا يكفي لاستقرار العقد، بمعنى أن لا يكون هناك سبب إلى إبطاله، وإنما يلزم علاوة على ذلك أن يكون التراضي صحيحاً، بأن تكون الإرادة قد صدرت عن ذي أهلية وخالية من العيوب. ولهذا فإن دراسة التراضي تنقسم إلى مطلبين: الأول: في وجود الرضى. والثاني: في صحة الرضى.

المطلب الأول: وجود الرضى

وفي هذا المطلب نبحث كيف يوجد الرضى باعتباره جوهر العقد؟[1] فيجب لوجود التراضي أن يعبر شخص عن إرادته في إحداث أثر قانوني معيّن في العلاقة بينه وبين شخص آخر، وأن تتلاقى هذه الإرادة مع إرادة مطابقة لها، أي متجهة إلى إحداث الأثر نفسه وصادرة ممن وجهت إليه الإرادة الأولى، بحيث يتحقق التطابق بين الإرادتين.

وعلى ضوء ذلك نستطيع أن نحلل هذه العملية إلى عناصرها الأولية، فندرس في فرع أول كيف يتم التراضي، ففي مرحلة أولى ندرس وجود الإرادة والتعبير عنها، ثم في مرحلة ثانية ندرس تطابق الإرادتين، الإيجاب والقبول، وفي مرحلة ثالثة وأخيرة ندرس اقتران الإيجاب والقبول لنحدد زمان ومكان انعقاد العقد سواء في التعاقد بين حاضرين أو في التعاقد بين غائبين. وإذا كانت هذه هي الصورة العادية المألوفة في جميع صور التراضي، إلا أن هناك صوراً أخرى للتراضي تحكمها قواعد خاصة، وسوف ندرس هذه الصور الخاصة في فرع ثانٍ فندرس التعاقد بطريقة المزايدة أو المناقصة والوعد بالتعاقد، والتعاقد بالعربون، والنيابة في التعاقد.

الفرع الأول: كيف يتم التراضي

العقد هو تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معيّن[2] وعلى ذلك

---

(١) تنص المادة ١٧٦ موجبات وعقود لبناني على «أن رضى المتعاقدين هو الصلب والركن لكل عقد بل لكل اتفاق على وجه أعم».

(٢) تنص المادة ١/١٧٨ موجبات وعقود لبناني على أن الرضى في العقود هو اجتماع مشيئتين أو=

يجب أن تتبع خطوات انعقاد العقد منذ لحظاتها الأولى وحتى أن نصل إلى مرحلة تلاقي الإرادتين. فندرس أولاً وجود الإرادة والتعبير عنها، وثانياً: تطابق الإرادتين، الإيجاب والقبول، وثالثاً: اقتران الإيجاب والقبول، لنحدد زمان ومكان العقد، سواء في التعاقد بين حاضرين أو في التعاقد بين غائبين.

أولاً: وجود الإرادة والتعبير عنها

لكي ينعقد العقد يجب أن يوجد لدى الشخص إرادة ذاتية يعتدّ بها القانون: ولكن وجود إرادة ذاتية يعتد بها القانون وحده لا يكفي وإنما يلزم أن يتم التعبير عنها. ثم بعد ذلك يثور التساؤل عن دور الإرادة والتعبير عنها في تكوين العقد، نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة.

١ ـ وجود الإرادة

والمقصود بوجود الإرادة، سواء كانت إيجاباً وقبولاً هو صدورها من شخص لديه إرادة ذاتية يعتدّ بها القانون، بنية إحداث أثر قانوني معيّن[١].

وعلى ذلك وجود الإرادة يتعلق بمسألتين: الأولى: صدورها من شخص لديه إرادة ذاتية يعتدّ بها القانون. والثانية: اتجاه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معيّن.

فبالنسبة للمسألة الأولى، إذا انعدمت الإرادة أصلاً لدى الشخص فإن الإرادة لا وجود ولا قيمة لها. ويتحقق ذلك في من يفقد وعيه نتيجة سكر أو أي مرض آخر، أو أن يكون خاضعاً للتنويم المغناطيسي أو لإكراه مادي معدم للإرادة. ومن ناحية أخرى فإنه قد تتوافر لدى الشخص إرادة ذاتية ولكن لا يعتدّ بها القانون. والقانون لا يعتدّ إلا بإرادة الشخص المميز، وبالتالي فلا ينعقد العقد مع فاقد التمييز كالطفل غير المميز والمجنون (انظر م ١/٢١٦ موجبات وعقود لبناني).

أما بالنسبة للمسألة الثانية، يمكن القول أنه لا يكفي وجود إرادة يعتد بها القانون

= أكثر وتوافقها على إنشاء علاقات الزامية بين المتعاقدين وهو يتألف من عنصرين: ١ ـ العرض أو الإيجاب. ٢ ـ القبول. وتنص المادة ١٦٥ موجبات عقود لبناني على أن الاتفاق هو كل التئام بين مشيئة وأخرى لانتاج مفاعيل قانونية، وإذا كان يرمي إلى إنشاء علاقات الزامية سمي عقداً».

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ٧٩، توفيق فرج، المرجع السابق ص ٥٦.

وإنما يلزم علاوة على ذلك أن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معيّن. فإذا وجدت إرادة يعتد بها القانون ولكنها لم تتجه إلى إحداث أثر قانوني معيّن، فإنه لا يكون هناك إرادة يمكن أن يبنى عليها العقد. ومثال ذلك المجاملات الاجتماعية، وإرادة الهازل. والحكم نفسه بالنسبة لمن يعلق التزامه على محض مشيئته، كأن يقول «أبيعك هذا الشيء إذا أردت» فهذا لا يصلح أن يكون إرادة منشئة للالتزام وبالتالي لا ينعقد العقد حتى ولو صدر قبول من الطرف الآخر.

ونخلص مما سبق أنه يجب لكي يتم العقد أن تكون هناك إرادة يعتد بها القانون من حيث إمكان إنشاء عقد معيّن، ويجب أن تكون هناك إرادة جدية تهدف إلى إنشاء حقوق والتزامات.

٢ ـ التعبير عن الإرادة

كما سبق القول أن وجود الإرادة وحده لا يكفي، حيث إن الإرادة في ذاتها أمر كامن في النفس، وبالتالي لا يمكن الوقوف عليها إلا إذا اتخذت مظهراً اجتماعياً، أي من وقت ظهورها إلى العالم الخارجي، ويكون ذلك عندما يتم التعبير عنها.

والتعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً، كما أن السكوت قد يصلح لأن يكون قبولاً في بعض الأحوال، ولذا يجب الوقوف على ذلك تفصيلاً. ويبقى بعد ذلك التساؤل الهام وهو متى يتحقق للتعبير عن الإرادة وجوده القانوني؟ حيث إنه قد يكون للتعبير عن الإرادة وجود فعلي دون أن يكون له وجود قانوني.

أ ـ صور التعبير عن الإرادة:

الأصل أن التعبير عن الإرادة لا يخضع لشكل معيّن ولا يشترط فيه مظهر خاص أو وسيلة خاصة، حيث إن المبدأ الذي يهيمن على العقود هو مبدأ الرضائية.

على ذلك فالتعبير عن الإرادة، إيجاباً كان أو قبولاً، قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً[١]، بل قد يستخلص التعبير، باعتباره قبولاً، في بعض الحالات من السكوت، فلنعرض لذلك تفصيلاً.

---

(١) انظر م ـ ٢/٩ مدني مصري، م ١/١٧٩، ١/١٨٠ موجبات وعقود لبناني.

١ ـ **التعبير الصريح**: وهو الذي يكشف عن الإرادة بصورة مباشرة، وذلك باتخاذ وسيلة موضوعة في ذاتها للكشف عن الإرادة بحسب المألوف والمتبع بين الناس. وهذا يعني خروج الإرادة القانونية إلى عالم الوجود بالأسلوب المتعارف عليه[١]. وعلى ذلك فيكون التعبير صريحاً باستعمال اللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً، أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود.

فيكون التعبير الصريح باللفظ أو بالكلام المعبر عن المعنى المراد. سواء كان هذا الكلام مباشراً أو بواسطة التليفون أو عن طريق إيفاد رسول ناقل للإرادة. كما يصح التعبير عن الإرادة بأية لغة ما دامت مفهومة للطرف الآخر.

وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة أياً كان شكلها، باليد، بالآلة الكاتبة، أو مطبوعة، وأيّاً كان نوعها رسمية أو عرفية موقعة أو غير موقعة[٢].

وقد يكون التعبير الصريح عن الإرادة بالإشارة المتداولة عرفاً، كهز الرأس عموديّاً للتعبير عن الموافقة وهزها أفقيّاً للتعبير عن الرفض.

كما أن التعبير الصريح عن الإرادة قد يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود، كوقوف سيارات الأجرة في الأماكن المخصصة لها. وكذلك عرض البضائع بأسعارها على واجهة المحل التجاري.

٢ ـ **التعبير الضمني**: هو الذي يكشف عن الإرادة بطريقة غير مباشرة، وذلك أن التعبير عن الإرادة لم يأخذ وسيلة موضوعة في ذاتها للكشف عنها، ولكن يستفاد هذا التعبير من ظروف أو مواقف يوجد فيها الشخص فيرجح معها أن إرادته قد انصرفت إلى معنى معيّن[٣]. مثال ذلك أن يقوم شخص ببيع شيء معروض عليه للشراء، فهذا يدل على أن المشتري قبل البيع. وبقاء المستأجر بعد انتهاء الإيجار منتفعاً بالعين المؤجرة،

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٠ ص ٨١، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ١٨٧ ص ٣٠، توفيق فرج، المرجع السابق ٥٩.

(٢) لكن يجب أن نلاحظ أن قواعد الإثبات قد تستلزم الكتابة، كما أن الورقة المكتوبة لا تعد دليلاً كتابياً كاملاً إلا إذا كانت موقعة ممن نسبت إليه.

(٣) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٠ ص ٨١. عبد المنعم فرج الصلاة، مصادر الالتزام، ١٩٧٤، فقرة ٦٩، ص ٩٤.

وقبول المؤجر الأجرة دون اعتراض، فهذا يعد إيجاباً ضمنياً من المستأجر بتجديد الإيجار وقبولاً ضمنياً من المؤجر. (م ٥٩٩ مدني مصري، م ٥٩٢ موجبات وعقود لبناني). وكذلك مبادرة الوكيل بتنفيذ وكالة لم يقبلها صراحة يفيد القبول الضمني لها، (م ٢/٧٦٩ موجبات وعقود لبناني) ومبادرة تاجر الجملة بإرسال البضاعة التي قد طلبها منه تاجر التجزئة. فتنفيذ العقد يفيد القبول الضمني.

والأصل أن للتعبير الضمني القيمة نفسها القانونية التي للتعبير الصريح، وبالتالي للأفراد حرية التعبير عن إرادتهم بالطريقة التي تروق لهم. على أن القانون قد يستلزم في بعض الأحيان أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً[1]. كما أنه في أحيان أخرى لا يشترط التعبير الصريح ولكنه يتطلب التشدد والحيطة في استخلاص التعبير الضمني[2].

وكما يجوز اشتراط التعبير الصريح بنص خاص، فإنه يجوز اتفاق الأفراد على ذلك، وعندئذ يلزم احترام هذا الاتفاق، ولا يعتدّ بالتعبير الضمني عن الإرادة.

كما أن القانون قد يوجب في بعض الأحوال أن يكون التعبير عن الإرادة مفرغاً في شكل خاص، وهذا هو الحال في العقود الشكلية، فلا يكفي التعبير الضمني بداهة لانعقادها.

٣ ـ مدى اعتبار السكوت تعبيراً عن الإرادة: قد يثور التساؤل حول مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة، وهذا الأمر يستلزم منا الوقوف أولاً على طبيعة السكوت لمعرفة مدى هذه الصلاحية. فالسكوت في أصله هو السكون والإمساك والصمت وعدم الكلام. وعلى ذلك فالسكوت عدم لا يفيد شيئاً. ولذلك فإن السكوت لا يصلح، كأصل عام، للتعبير عن الإرادة. لكن مع ذلك نجد له في بعض الأحيان

---

(١) انظر على سبيل المثال المادة ٥٩٧ من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه «لا تبرأ ذمة المستأجر نحو المؤجر إلا إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الإيجار من الباطن، (انظر م ٥٨٦ موجبات وعقود لبناني)، وكذلك المادة ٢/٨٤٤ مدني مصري والتي تشترط الاتفاق الصريح للإعفاء من الضمان في عقد القسمة.

(٢) أمثال ذلك ما نصت عليه المادة ١/٣٥٤ مدني مصري، م ٢/٣٢٠ موجبات وعقود لبناني، من أن تجديد الالتزام لا يفترض بل يجب أن يستفاد من العقد بوضوح clairement. في النص اللبناني العربي قد ترجم clairement بلفظ «صراحة» وهذه ترجمة خاطئة، لأن ذلك يؤدي إلى استبعاد التعبير الضمني تماماً، بينما الترجمة الدقيقة بلفظ «بوضوح» تسمح بالتعبير الضمني مع وجوب الحيطة والتشدد في ذلك.

دوراً في تكوين بعض التصرفات القانونية. فما هو هذا الدور؟

ولما كان العقد عبارة عن تلاقي إرادتين متطابقين، وهاتين الإرادتين هما الإيجاب والقبول، لذلك يجب أن نعرض لمدى صلاحية السكوت في أن يكون تعبيراً عن أي منهما.

يجب علينا أن نبادر بالقول بأن السكوت لا يصلح بأي حال أن يكون تعبيراً عن الإيجاب. وذلك لأن الإيجاب يتضمن دائماً وأبداً عرضاً موجهاً من شخص إلى آخر، فهذا العرض لا يمكن أن يتصور إلا إذا تم التعبير عنه صراحة أو ضمناً، أي بطريقة إيجابية.

أما بالنسبة للقبول فإنه يثور بصدده بحث مدى اعتبار سكوت من وجه إليه الإيجاب قبولاً؟

الأصل هو أن السكوت في حد ذاته لا يفيد شيئاً، وبالتالي لا يتضمن أي دلالة على القبول. فطبقاً للقاعدة الفقهية «لا ينسب لساكت قول» والسبب في ذلك واضح هو أنه لا يمكن اعتبار امتناع الشخص عن إبداء رأيه صراحة أو دلالة رضاً منه وإلا نكون قد وضعنا على عاتق كل شخص يوجه إليه إيجاب التزاماً بالإفصاح عن إرادته، إما بالقبول أو بالرفض، وإلا اعتبر سكوته قبولاً. وواضح أنه لا يمكن التسليم بهذا الأمر حيث إنه فيه عنتاً واضحاً وتقييداً للحرية الشخصية ليس له من مقتضى. كما أن لو أخذنا بمبدأ اعتبار السكوت قبولاً لجعلنا كثيراً من الناس يرتبطون بعقود لا يرتضون بها لمجرد أنهم لم يجدوا ما يقتضي أن يكلفوا أنفسهم عناء رفضها وذلك خلافاً لمبدأ الرضائية الذي هو قوام العقد. فالسكوت إن دل على شيء فإنما يدل على الرفض، لا على القبول. وعلى ذلك فإذا أرسل تاجر لشخص، دون سابق اتفاق، عيّنة من بضاعة يعرض عليه شراءها، وذكر له أن عدم رد العيّنة في مدة معيّنة يدل على القبول فإن السكوت على الرد في هذه الحالة لا يدل على القبول. ومن قبيل هذا أيضاً إذا أرسل ناشر العدد الأول من صحيفة دورية إلى شخص وذكر له أن عدم رد الصحيفة يعتبر قبولاً للاشتراك، فإن السكوت على الرد في هذه الحالة لا يفيد أيضاً القبول.

لكن إذا كان الأصل أن السكوت المجرد ليس له أي دلالة على القبول إلا أنه ليس هناك ما يمنع، بطبيعة الحال، أن يخرج نص القانون أو الاتفاق عن هذا الأصل

ويعطي لهذا السكوت دلالة القبول، فمن هذا ما نصت عليه المادة ٢/٣٢٢ مدني مصري والتي تنص على أنه «إذا اتفق البائع والمشتري على حوالة الدين، وسجل عقد البيع، تعيّن على الدائن متى أعلن رسمياً بالحوالة أن يقرها أو يرفضها في ميعاد لا يجاوز ستة أشهر، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأي اعتبر سكوته إقراراً»[1]. وكذلك المادة ٤٢١ مدني مصري تنص على أنه «في بيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة. فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعيّنها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكّنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً».

كما أنه إذا اتفق الطرفان على اعتبار السكوت رضى، فإنه يجب إعمال هذا الاتفاق في خصوص ما ورد فيه. مثل ذلك أن يتفق في عقد إيجار أو عقد عمل محدد المدة على أن يتجدد العقد ما لم يخطر أحد الطرفين الآخر بعدم رغبته في التجديد مقدماً خلال مدة معيّنة، شهرين أو ثلاثة، قبل انتهاء المدة المتفق عليها. ففي هذه الحالة يعتبر السكوت عن الإخطار رضاءً بتجديد العقد، وذلك بمقتضى ما اتفق عليه الطرفان.

وفي غير هذه الحالات يبقى الأصل على حاله، في أن السكوت المجرد لا يتضمن أي دلالة على القبول. لكن إذا كان هذا السكوت ملابساً فإنه يمكن أن يعتبر استثناء قبولاً في بعض الحالات. والسكوت الملابس هو السكوت الذي تلابسه ظروف معيّنة تجعله يفيد دلالة القبول. فقد تحيط بالسكوت ظروف لا يتوقع بسببها أن يصل حتماً إلى الموجب رد صريح إذا ما قرر الموجب له القبول، وإنما يكون توقع الرد في حالة الرفض: فإذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب، اعتبر السكوت قبولاً[2]. والأصل أن تقدير الظروف الملابسة للسكوت وما تحمله من دلالة على القبول يعتبر

(١) وعلى العكس، هناك نصوص تقضي صراحة باعتبار السكوت رفضاً، فمثلاً نجد أن المادة ٣١٦ مدني مصري تنص على أنه: «.. إذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلى الدائن وعيّن له أجلاً معقولاً ليقرّ الحوالة. ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة».

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥١ ص ٨٤.

مسألة موضوعية تدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا رقابة فيها لمحكمة النقض. ومع ذلك فإن التشريعات العربية قد جاءت بعدة ضوابط مرنة تهيىء للقاضي أداة عملية للتوجيه[1]، ونجمل القول فيها على النحو الآتي:

١ ـ طبيعة المعاملة أو العرف التجاري: أو غير ذلك من الظروف التي تدل على اعتبار السكوت قبولاً. من ذلك مثلاً أن يرسل المصرف بياناً إلى العميل عن حساب لديه ويذكر فيه أن عدم الاعتراض عليه، خلال مدة معيّنة، يعتبر إقرار له. أو أن يرسل المحل التجاري البضاعة المطلوبة من العميل، ويضع في قائمة الحساب شروطاً مطبوعة، مكمّلة للتعاقد، وسكت عنها المشتري دون اعتراض. ولكن يجب التحرز في مثل هذه الأحوال، ويجب أن تتأيد هذه الدلالة بظروف ملابسة ترجح القبول عن الرفض، كأن يكون قد جريا على ذلك قبل هذا في علاقاتهما السابقة، وخاصة أنه قد يسكت الشخص دون أن يفطن إلى بعض الشروط التي لم يقبلها صراحة.

٢ ـ وجود تعامل سابق بين المتعاقدين: ويعتبر هنا أيضاً السكوت الملابس قبولاً، إذ كان يستفاد من سبق التعامل بين الطرفين، أن أحدهما لا ينتظر من الآخر الإدلاء بتعبير صريح على قبول التعاقد. كالتاجر الذي اعتاد في موعد دوري معيّن أن يرسل إلى عميله نوعاً معيناً من السلع ، واعتاد العميل قبولها دون أن يصـرح إيجاباً أو سلباً . أو بالعكس إذا كان العميل اعتاد طلب بضاعة معيّنة من تاجر فيرسلها هذا إليه دون أن يرد مقدماً بالقبول، ثم أرسل العميل طلبه كعادته فسكت التاجر، فإن سكوته إذا ما تجاوز فترة معقولة يعتبر قبولاً ، لأن ما بينهما من تعامل سابق كان يوجب على التاجر طبقاً لمقتضيات حسن النية أن يرد بالرفض إن لم تكن عنده نية القبول.

٣ ـ إذا كان الإيجاب يتمحض لمنفعة من وجّه إليه: فإن القبول يستفاد في هذه الحالة من سكوت من وجّه إليه الإيجاب. ومن ذلك مثلاً أن يعرض المؤجر على

---

(١) انظر نص المادة ٩٨ من التقنين المصري، ونص المادة ٩٩ من التقنين المدني السوري (مطابق)، ونص المادة ٩٨ مدني ليبي (مطابق)، ونص المادة ٨١ مدني عراقي (موافق)، ونص المادة ١٨٠ موجبات لبناني (موافق. والتي تنص على أنه «يعد عدم الجواب قبولاً حينما يكون العرض مختصاً بتعامل كان موجوداً بين الفريقين» «ويعد سكوت مشترى البضائع بعد استلامها قبولاً للشروط المعينة في بيان الحساب (الفاتورة).

المستأجر تخفيض الأجرة ، أو يعرض التاجر على العميل تخفيض ثمن السلعة ، أو كمن يعرض على آخر أن يهبه مالاً من أمواله . وكل ذلك متروك لتقدير القاضي.

وهذه الحالات التي أوردتها التشريعات العربية قد جاءت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر. وعلى ذلك فكل سكوت تلازمه ملابسات تدل على الرضاء فهو «سكوت ملابس» ويعتبر قبولاً، كما إذا علم الموكل بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة فإن سكوته يعتبر إقراراً، وكالمالك الحقيقي في بيع ملك الغير إذا علم بالبيع وسكت دون عذر كان سكوته إقراراً للبيع. في كل هذا لو كان الساكت أراد أن يعترض لتكلم، ولكنه سكت في معرض الحاجة إلى الكلام، ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية هنا أيضاً: «السكوت في معرض الحاجة بيان»[1].

وفي نهاية حديثنا عن صور التعبير عن الإرادة يجب أن نشير إلى عدم الخلط بين التعبير الضمني والسكوت الملابس وذلك للأسباب الآتية:

أولاً: أن للتعبير الضمني، كقاعدة عامة، القيمة القانونية نفسها التي للتعبير الصريح، وبالتالي للأفراد حرية التعبير عن إرادتهم بالطريقة التي تروق لهم.

ثانياً: أن التعبير الضمني وضع إيجابي، يستخلص من ظروف إيجابية تدل عليه. أما السكوت فهو عدم، فهو مجرد وضع سلبي[2]، حتى في حالات السكوت الملابس، فإن السكوت بما يلازمه من ملابسات هو الذي يفيد القبول، لا الظروف الملابسة، أي القبول قد استفاد من وضع سلبي على سبيل الاستثناء.

ثالثاً: وبناءً على ما تقدم، قد يكون التعبير الضمني بحسب الأحوال إيجاباً أو قبولاً. أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً، كما أنه لا

---

(١) السنهوري، الوسيط، جزء ١ فقرة ١١٣ ص ٢٣٩، ٢٤٠.

(٢) انظر السنهوري، الوسيط جزء ١ فقرة ١٢٢ ص ١٣٦ وهذا هو المبدأ العام، يقول به الفقه والقضاء في مصر وغيرها من البلاد، وانظر الموضع نفسه هامش ٣. ومع ذلك يذهب البعض إلى أن السكوت المقترن بظرف من الظروف الملابسة يمكن أن يعتبر بالفعل تعبيراً ضمنياً، انظر محمود المظفر في مبادىء القانون والالتزامات السابق الإشارة إليه ص ١٤٠. أما بالنسبة للأمثلة عن كل من الحالتين نحيل إلى ما سبق أن كتبناه في هذا الصدد ليبين الفارق الواضح وعدم الخلط الذي يدعيه البعض.

يصلح، كقاعدة عامة، أن يكون قبولاً. ولا يعتبر السكوت قبولاً إلا في حالات استثنائية[1].

وعلى ذلك لا تجدي محاولة البعض بتقريب الصلة بينهما على أساس «القول بأنهما يعبران عن فكرة الإمارة أو الدلالة على التعبير لا التعبير نفسه»[2]، لأنه لو صحت هذه المقولة لوجب القول بالصلة نفسها بين التعبير الضمني وصورتين من صور التعبير الصريح، وهما الإشارة المتداولة عرفاً، واتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود، وبذلك تختلط الأمور وتتضارب الأحكام[3].

ب ـ متى يتحقق للتعبير عن الإرادة وجوده القانوني؟

سبق أن رأينا التراضي هو جوهر العقد ومناطه، كما أن الإرادة هي جوهر التراضي ومناطه. وقد رأينا أيضاً أن وجود الإرادة وحده لا يكفي وإنما يلزم التعبير عنها. وعلينا الآن أن نحدد متى يوجد التعبير عن الإرادة، ومتى ينتج أثره القانوني؟

فالتعبير عن الإرادة يتحقق وجوده الفعلي بمجرد صدوره عن صاحبه، ولكن متى يتحقق للتعبير عن الإرادة وجوده القانوني؟ أي متى ينتج هذا التعبير عن الإرادة أثره القانوني؟

(١) **القاعدة**: «أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجّه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم دليل على عكس ذلك»[4].

ويستفاد من ذلك التعبير عن الإرادة في التعاقد، سواء كان التعبير إيجاباً أو

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، جزء ٢ ص ٥٧.

(٢) انظر محمود المظفر، المرجع السابق، ص ١٤٠.

(٣) ولذلك تستشعر تردد الرأي السابق حين يقول «على أننا حين نقرن السكوت بالتعبير الضمني ونجانس بينهما لا نقصد من وراء ذلك أن نعطي لهما وصفاً تجسيمياً أو نضفي عليهما مظهراً من مظاهر التعبير الخارجية..» المرجع نفسه ص ٤٠.

(٤) انظر نص المادة ٩١ مدني مصري ونص المادة ٩١ مدني ليبي (مطابق) نص المادة ٣٦ مدني كويتي (موافق) ونص المادة ٨٧ مدني عراقي (موافق) وهذا الحكم يتفق مع ما يتجه إليه كثير من التشريعات المعاصرة كالقانون الألماني (م ٣٠) والقانون السويسري (م ٩) ومشروع القانون المدني الفرنسي والإيطالي (م ٢/ ٤) والقانون البرازيلي (م ١٠٨).

قبولاً، لا ينتج أثره إلى حين وصوله إلى علم من وجّه إليه[1].

- **فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً**: وهو العرض البات الصادر من شخص ليعبر فيه عن إرادته في إبرام عقد معيّن، فإنه لا ينتج أثره إلاّ إذا وصل إلى علم من وجّه إليه. فمنذ هذه اللحظة يصبح صالحاً للقبول. فإذا كان من وجّه إليه التعبير موجوداً في مجلس العقد فإنه يتصل بعلمه مباشرة، فإذا صدر منه قبول مطابق انعقد العقد، فإن لم يصدر منه قبول فيجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه. أما إذا كان من وجّه إليه الإيجاب موجوداً في مكان آخر، بحيث لا يوجد بينهما اتصال مباشر، ويكون هناك فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، فإن الإيجاب لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلمه، أي يصل إليه الإيجاب ويعلم به، ولما كان إثبات ذلك صعباً فلذلك أقام القانون قرينة على أن وصول التعبير، الإيجاب، يعتبر قرينة على العلم به، ولكنها ليست قرينة قاطعة إذ تقبل إثبات العكس. ويترتب على ذلك أن الموجب يستطيع أن يرجع عن إيجابه ما دام لم يتصل بعلم من وجّه إليه. وبالرغم من أن القانون اللبناني لم يتضمن هذا الحكم إلا أنه يمكن الأخذ به بالنسبة للإيجاب لأن الإيجاب دائماً تعبير واجب التسلم، فلا يمكن أن ينتج أثره القانوني إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه.

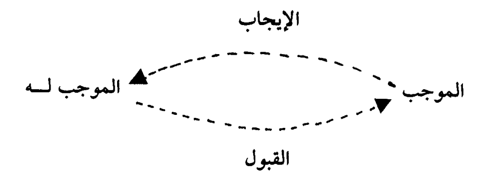
- **إذا كان التعبير عن الإرادة قبولاً**: وهو التعبير عن الإرادة المطابق للإيجاب والصادر عن الشخص الذي تلقى هذا الإيجاب. والقبول لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم الموجب، أي من وجّه إليه، فإذا كان مطابقاً للإيجاب اقترن به وانعقد العقد. ويتوقف سرعة اتصال القبول بعلم الموجب على ما إذا كان موجوداً معه في مجلس العقد أو ما إذا كان يباعد بينهما المكان، ولا يوجد اتصال مباشر بينهما، أي أن يكون هناك فاصل زمني بين الإيجاب والقبول. ففي الفرض الأول رأينا أن الإيجاب يتصل مباشرة بعلم الموجب له، فإذا صدر منه قبول مطابق واتصل هو الآخر مباشرة بعلم الموجب انعقد العقد، فإن لم يصدر هذا القبول ورجع الموجب عن إيجابه أو انفض

---

(١) حيث يقال في هذا الصدد أن كل من الإيجاب والقبول تعبير عن الإرادة «واجب التسليم - والتعبيرات واجبة التسلم هي تلك التي لا تستكمل كيانها القانوني إلا باتصالها بعلم شخص آخر توجه إليه. ومثل ذلك أيضاً إنهاء العقد غير المحدد المدة، والإبراء. وعلى العكس من ذلك قد يكون التعبير عن الإرادة غير واجب التسلم، كما في الوعد بجائزة الموجهة للجمهور، والوصية في هذه الحالة يتم التعبير أثره دون حاجة لاعلانه شخص آخر حتى يستكمل كيانه القانوني، فمجرد صدور التعبير ينعقد التصرف ويلزم صاحبه.

مجلس العقد فإن الإيجاب يسقط. أما في الفرض الثاني فإن القبول لا يتصل بعلم الموجب إلا إذا وصل إليه وعلم به ولما كان إثبات ذلك صعباً وضعت القرينة على أن وصول القبول قرينة على العلم به ولكنها قرينة غير قاطعة، إذا تقبل إثبات العكس كأن يثبت غيابه أو مرضه مثلاً. ويترتب على ذلك أن القابل يستطيع أن يرجع في قبوله ما دام هذا القبول لم يتصل بعلم الموجب، كأن يمنع اتصاله بعلم الموجب باستعادته للرسالة التي ضمنها قبوله قبل علم الموجب به، أو تمكن من إعلام الموجب بالرجوع في القبول قبل علمه بالقبول ذاته[1].

نخلص مما تقدم إلى أنه لكي ينعقد العقد لا بد وأن تغلق حلقة التعاقد بأن يتصل الإيجاب بعلم الموجب له وأن يتصل القبول بعلم الموجب.



(٢) أثر الموت أو فقد الأهلية على التعبير عن الإرادة في القانون المصري،
القاعدة أن التعبير عن الإرادة ينفصل عن الشخص بمجرد صدوره، إذ يتوافر له وجود فعلي يجعله صالحاً لترتيب أثره عندما يتصل بعلم من وجّه إليه.

وعلى ذلك فالأصل أنه إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من إنتاج أثره، إذا اتصل بعلم من وجه إليه، ما لم يظهر من التعبير ذاته أو من طبيعة التعامل أن العقد لا ينعقد إلا مع من وجّه إليه التعبير ذاته.

ولنفهم هذه القاعدة يجب أن نفرق بين ما إذا كان من أصابه الموت أو فقد

---

(١) في القانون اللبناني القبول ينتج أثره، وهو انعقاد العقد، بمجرد صدوره من القابل، حيث أن المشرع اللبناني يأخذ بنظرية صدور القبول فيما يتعلق بالتعاقد بين غائبين كما سنرى - وعلى ذلك يكون القبول تعبيراً عن الإرادة غير واجب التسلم في القانون اللبناني على خلاف القانون المصري.

الأهلية هو الموجب، أي ذاك الذي صدر منه التعبير بالإيجاب، أو هو القابل، أي ذاك الذي صدر منه التعبير بالقبول.

- فإذا كان من أصابه الموت أو فقد الأهلية هو الموجب بعد أن صدر منه الإيجاب وقبل أن يصل هذا التعبير عن الإرادة إلى علم من وجّه إليه، فإن ذلك لا يمنع من أن ينتج هذا التعبير أثره إذا اتصل بعلم الموجب له، وذلك باعتباره إيجاباً. ومع ذلك فإن العقد لا ينعقد حيث أنه إذا صدر قبول مطابق لهذا الإيجاب لا يكفي وإنما يلزم أن يتصل بعلم من وجّه إليه (الموجب) وحيث إنه قد مات أو فقد أهليته فلا تنعقد عقدة العقد، ويبقى هذا الإيجاب صحيحاً ولكنه عديم الأثر في انعقاد العقد[1].

- إذا كان من مات أو فقد أهليته هو القابل (الموجب له)، من وجّه إليه الإيجاب، بعد أن صدر منه القول المطابق فإن هذا التعبير يبقى قائماً وينتج أثره عند اتصاله بعلم الموجب، وبالتالي تنعقد عقدة العقد، هذا ما لم يتبيّن من التعبير ذاته أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل محل اعتبار أساسي في العقد.

أثر الموت أو فقد الأهلية على التعبير عن الإرادة في القانون اللبناني:

رأينا أن المادة ٩٢ مدني مصري تنص على أنه «إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل». أما القانون اللبناني فقد نص على ما يخالف هذه القاعدة حيث تنص المادة ١٧٩ موجبات وعقود على أن «الإيجاب الصريح أو الضمني لا يلزم في الأساس صاحبه، بمعنى أنه يستطيع إذا شاء الرجوع عنه. ووفاته أو فقدانه الأهلية الشرعية يجعلان الإيجاب لغواً».

«ويكون الأمر على خلاف ذلك عندما يتحصل من ماهية الإيجاب أو من

(١) السنهوري، الوسيط جـ ١، فقرة ٨٢ ص ١٨٨ في الهامش، حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، الطبعة الثانية، فقرة ٨٤. ويذهب الأستاذ الدكتور سليمان مرقس إلى عكس ذلك حيث يرى أن الإيجاب يبقى وينتج أثره إذا وصل إلى علم من وجه إليه، فإذا قبل هذا الأخير انعقد العقد لأن ورثة الموجب أو من يمثله يحلون محله في العلم بالقبول، نظرية العقدة، فقرة ٨١، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٧٨، ص ١٠٦.

الظروف التي صدر فيها أو من نص القانون أن صاحب الإيجاب كان ينوي إلزام نفسه، فيجب حينئذ استمرار الإيجاب في المدة المعينة من صاحبه أو المستمدة من العرف أو القانون بالرغم من حدوث وفاته أو فقدانه الأهلية الشرعية».

وعلى ذلك فالأصل أنه إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره سقطت الإرادة والتعبير وامتنع أن يترتب عليها أي أثر، ما لم يظهر من الإيجاب ذاته أو من الظروف التي صدر فيها أو من نص القانون أن صاحب الإيجاب كان ينوي الزام نفسه.

ولنفهم هذه القاعدة يجب أن نفرق بين عدة فروض:

١ ـ إذا كان من أصابه الموت أو فقد الأهلية هو الموجب بعد أن صدر منه الإيجاب وقبل أن يصادفه قبول فإن الإيجاب يسقط سواء وصل إلى علم من وجه إليه أو لم يصل، وذلك فما عدا الحالات التي يكون الإيجاب فيها ملزماً. أما إذا مات الموجب أو فقد أهليته بعد صدور القبول فلا أثر لذلك حيث أن العقد قد انعقد وفقاً للقانون اللبناني.

٢ ـ إذا كان من مات أو فقد أهليته هو القابل (الموجب له) بعد أن صدر منه القبول المطابق. فلا أثر لذلك حيث أن العقد قد انعقد بمجرد صدور القبول وفقاً للقانون اللبناني. أما إذا مات من وجه إليه الإيجاب أو فقد أهليته قبل صدور القبول فإن العقد لا ينعقد، سواء كان الموت أو فقد الأهلية قبل العلم بالإيجاب أم بعد العلم به.

٢ ـ دور الإرادة والتعبير عنها في انعقاد العقد:

لتفهم هذا الموضوع يجب أن نعرض لوضع المسألة، ثم نعرض بعد ذلك للحلول النظرية، وأخيراً نحدد موقف التشريعات من هذه الحلول.

أ ـ وضع المسألة احتمال عدم التطابق بين الإرادة والتعبير عنها:

سبق أن رأينا في تحليلنا للرضى إلى عناصره الأولية، بأنه يجب أن توجد إرادة

يعتد بها القانون وتتجه إلى إحداث أثر قانوني معيّن، ولكن وجود الإرادة بهذه الكيفية لا يكفي لإبرام العقد إذ يجب أن تتحول الإرادة من ظاهرة نفسية إلى ظاهرة اجتماعية، أي يجب أن تخرج من مكنون النفس إلى العالم الخارجي. ووجدنا أن الوسيلة إلى ذلك هو التعبير عن هذه الإرادة، سواء كان هذا التعبير صريحاً أو ضمنياً أو سكوتاً في الحدود السابق بيانها. والآن يجب معرفة دور كل من الإرادة والتعبير عنها في تكوين العقد.

في الحقيقة ليس هناك أدنى صعوبة إذا جاء التعبير عن الإرادة مطابقاً للإرادة ذاتها. وإنما يدق الأمر إذا كان التعبير عن الإرادة غير مطابق للإرادة ذاتها. وعندئذ يثور البحث حول معرفة ما إذا كان مبنى العقد هو التعبير عن الإرادة أم مبناه هو الإرادة ذاتها، بحيث يكون التعبير عنها ليس إلا وسيلة للكشف عنها وتنحصر قيمته في ذلك.

ولنضرب أمثلة لنوضح هذه المسألة. فاختلاف الإرادة الحقيقية عن التعبير عنها قد يكون نتيجة خطأ، وقد يكون عمداً أو قصداً. ومن أمثلة الخطأ في التعبير أن يرسل شخص إلى آخر رسالة يعرض فيها عن رغبته في بيع منزله وإذ به يكتب ثمن المنزل ٥٠,٠٠٠ بدلاً من ٥٠٠,٠٠٠ فيرد عليه المرسل له بقبوله الشراء بالثمن المكتوب في الرسالة. أو كأن يرسل شخص تلكساً إلى فندق لحجز غرفة في شهر يولية فيبلغ صاحب الفندق خطأ بأن الحجز له يتم في شهر يونية، فهل ينعقد عقد البيع في الحالة الأولى وعقد الفندق في الحالة الثانية ويلزم أطرافها على أساس التعبير عن إرادتهما أم أنهما لم ينعقدا على أساس الإرادة الحقيقية التي أخطأ التعبير في إظهارها. وإذا كان الاختلاف بين الإرادة الحقيقية والتعبير عنها في هذه الأمثلة راجعاً إلى خطأ غير عمد إلا أنه من المتصور أن يكون هذا الاختلاف ناشئاً عن قصد، وهو ما يعرف بالتحفظ الذهني، بأن يبدي الشخص رضاءه بالعقد على نحو محدد بينما هو يضمر قيداً أو تحفظاً على رضائه هذا. وفي مثل هذه الحالة هل يؤخذ بالتعبير عن الإرادة وبالتالي لا يعتدّ بالتحفظ أو القيد المضمر، أما أنه يجب الاعتداد به ـ إذا أمكن إثباته ـ لأنه جزء من الإرادة الحقيقية ولذلك نجد أن هذه المسألة يتنازعها نظريتان، وهذا ما سوف نراه الآن.

ب : الحلول النظرية: نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة:

وسنعرض هنا لمضمون كل من النظريتين وأساسهما وكذلك ما يؤخذ عليهما.

ـ **نظرية الإرادة الباطنة**: ومضمون نظرية الإرادة الباطنة يقوم على أن العقد قوامه الإرادة، ولذلك يجب الاعتداد بالإرادة الحقيقية لأنها وحدها هي التي تلزم الشخص. أما التعبير عن هذه الإرادة فليس إلا مجرد دليل على وجود الإرادة الحقيقية في العالم الخارجي. فإذا ما ثبت اختلافه عن هذه الإرادة فَقَدَ قيمته باعتباره دليلاً عنها وسقط ولن يبقى إلا الاعتداد بالإرادة الحقيقية وحدها.

وبناءً على ما تقدم فإنه يجب على القاضي عندما يفحص تكوين العقد أن ينفذ إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ولا يقنع بالمظهر الخارجي المتمثل في التعبير عنها. كما أنه يجب عليه عندما يفسر العقد أن يعتد بالإرادة الحقيقية وقت نشأة العقد بغض النظر عمّا طرأ بعد ذلك من ظروف ينفذ العقد في ظلها، فإذا استعصى على القاضي استخلاص الإرادة الحقيقية فإنه يستند في تفسير العقد إلى إرادة المتعاقدين المفترضة، كما أن العقد، من حيث نشأته، يجب أن يتأسس عن إرادة سليمة خالية من العيوب.

وتقوم هذه النظرية على أساس أن العقد يستمد قوته الملزمة من سلطان الإرادة، وعلى ذلك فإنه من المنطقي الاعتداد بالإرادة الكامنة في نفس كل من الطرفين لا بالإرادة الظاهرة المتمثلة في التعبير عن هذه الإرادة.

وأهم ما يؤخذ على هذه النظرية أنها تؤدي إلى عدم استقرار المعاملات، حيث يكفي للمتعاقد أن يثبت أن إرادته الحقيقية تختلف عن التعبير عن هذه الإرادة. كما أن الإرادة الحقيقية التي تقوم عليها هذه النظرية تعتبر أمراً نفسياً كامناً يصعب في كثير من الأحيان الوقوف عليه، إلا من جانب صاحبها، ولذلك فقد حاول القضاء الفرنسي أن يحد من هذا الأثر الضار لنظرية الإرادة الباطنة، وقد استعان في سبيل ذلك بوسائل فنية مختلفة. كالالتجاء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية في حالة التحفظ الذهني[1].

نظرية الإرادة الظاهرة: ومضمون هذه النظرية يقوم على أنه إذا كان قوام العقد هو الإرادة، فإن العبرة في هذه الحالة بالإرادة الظاهرة في التعبير، لا بالإرادة الكامنة في النفس، حيث إنها هي الإرادة التي يمكن الوقوف عليها والثقة فيها. وعلى ذلك فإنه لا يجدي إثبات عدم مطابقة التعبير للإرادة الباطنة، حيث إنه متى صدر التعبير من

---

(١) انظر في تفصيل ذلك إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص ٩٢، مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ٤٩ ص ٥٥.

شخص وتم التعاقد على أساسه، فلا يقبل منه بعد ذلك أن يدعي أن هذا التعبير لا يتفق وقصده الحقيقي، لأن المتعاقد الآخر قد اطمأن إلى ما ظهر أمامه من إرادة، ولا يصح الإخلال بهذه الثقة المشروعة وذلك تحقيقاً لاستقرار التعامل[1].

وتقوم هذه النظرية على أساس أن العقد يستمد قوته الملزمة من سلطان القانون على أساس الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية وما تقتضيه من استقرار وثقة. وعلى ذلك فإنه من المنطقي الاعتداد بالإرادة الظاهرة والوقوف على المظهر الخارجي الذي تكتسب به الإرادة حقيقتها الاجتماعية.

ويؤخذ على هذه النظرية أنها تغالي في الاعتداد بالإرادة الظاهرة وتهمل تماماً الإرادة الحقيقية.

والخلاف بين منطق كل من النظريتين ليس مجرد خلاف نظري، بل إن له نتائج عملية تترتب على الأخذ بهذه النظرية أو تلك.

فمثلاً في حالات الخطأ غير العمد في التعبير عن الإرادة، سنصل إلى حلين متضادين وفقاً لمنطق كل من النظريتين، ففي مثال عقد البيع الذي أخطأ البائع في كتابة الثمن ٥٠,٠٠٠ بدلاً من ٥٠٠,٠٠٠، فإن العقد طبقاً لنظرية الإرادة الظاهرة ينعقد، أما بالنسبة لنظرية الإرادة الباطنة فالعقد لا ينعقد. وكذلك الخطأ الذي وقع في التلكس في شهر يونية بدلاً من شهر يولية، فإن العقد طبقاً لنظرية الإرادة الظاهرة ينعقد ويعتبر عقد الفندق موجوداً وملزماً خلال شهر يونية، أما بالنسبة لنظرية الإرادة الباطنة فإن العقد لا ينعقد خلال شهر يونية. وفي حالة التحفظ الذهني، فإنه وفقاً لمنطق نظرية الإرادة الظاهرة لا يجوز الاعتداد بهذا التحفظ وإنما يقف عند الإرادة المعلنة. أما بالنسبة لمنطق نظرية الإرادة الباطنة فإنه يجب الاعتداد به ـ إذا أمكن إثباته ـ لأنه جزء من الإرادة الحقيقية. وكذلك فيما يتعلق بتحديد زمان ومكان انعقاد العقد إذا تم التعاقد بالمراسلة، إذا أخذنا بنظرية الإرادة الباطنة نجد أن العقد سينعقد في وقت سابق على لوقت الذي يؤدي إليه منطق نظرية الإرادة الظاهرة. فوفقاً للنظرية الأولى يعتبر العقد منعقداً بمجرد تطابق إرادتين أي بمجرد صدور القبول. أما وفقاً لنظرية الإرادة الظاهرة فإن العقد لا ينعقد إلا من الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، إذ

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٢، ٩١.

من هذا الوقت يكون الموجب قد علم بتعبير القابل عن إرادته. وكذلك يؤدي منطق كل من النظريتين إلى حلول متضادة بالنسبة لعيوب الإرادة، والصورية وتفسير العقد[1].

جـ ـ موقف التشريعات من النظريتين

«على أن هاتين النظريتين لم تخرجا من كونهما نظريتين علميتين، إذ لا تستقل إحداهما بالسيادة في أي قانون وضعي. ذلك أن المشرع يضع تشريعه بقصد تحقيق غايات عملية. ومن ثم فهو يضطر في كثير من الأحوال إلى عدم مسايرة أي نظرية في منطقها إلى النهاية، وإنما يتوخى وضع حلول معتدلة يحاول في صياغتها أن يتجنب قدر المستطاع ما تؤدي إليه النظرية من نتائج ضارة. فنظرية الإرادة الباطنة تبالغ في الفردية إلى حد تهمل معه ما يترتب على التعبير من حيث اعتباره ظاهرة اجتماعية. ونظرية الإرادة الظاهرة تبالغ في المادية والاعتداد بالتعبير كظاهرة اجتماعية إلى حد تنسي معه أساس الالتزام التعاقدي هو الإرادة الفردية لا مظهرها»[2].

ولهذا نجد أن الحلول التي وضعها القانون الألماني، وهو يسلّم بالإرادة الظاهرة كأساس، وإن لم تكن دائماً هي الحلول نفسها التي يأخذ بها القضاء الفرنسي حيث إن التقنين المدني الفرنسي يعتبر الإرادة الباطنة هي الأساس، إلا أنها تتقارب معها كثيراً في الواقع[3]. ويأخذ كل من القانون المصري واللبناني بنظرية الإرادة الباطنة كأصل عام، ومع ذلك يحتفظان عن مبدأ الإرادة الظاهرة بالقدر الذي يقتضيه استقرار التعامل ويتفق مع التطور الموجود في القوانين اللاتينية ذاتها. غير أنهما يختلفان في القدر الذي أخذ به كل منهما من الإرادة الظاهرة، حيث وصل القانون المصري في هذا المجال إلى مدى أبعد بكثير مما وصل إليه القانون اللبناني[4].

---

(١) انظر في تفصيل ذلك عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٣٠ ص ١٨١، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص ٢٢.

(٢) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٣١ ص ١٨٢، وانظر أيضاً إسماعيل غانم المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص ٩٢.

(٣) انظر في تفصيل ذلك عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٣١ ص ١٨١ وما بعدها.

(٤) انظر في تفصيل أكثر عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، ١٩٧٤، فقرة ٧٥، ص ١٠٠ وما بعدها.

ثانيا: تطابق الإرادتين

القاعدة أنه «يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد». وعلى ضوء هذه القاعدة يجب أن يتم التعبير عن إرادتين متطابقتين، وهاتان الإرادتان، هما الإيجاب والقبول. ولذلك يجب أن نعرض لكل منهما.

١ ـ الإيجاب

وفي هذا الصدد يجب أن نعرض لتعريف الإيجاب وبيان خصائصه، ثم ندرس متى يعتبر هذا الإيجاب ملزماً؟ ومتى يسقط هذا الإيجاب.

أ ـ تعريف الإيجاب وبيان خصائصه

الإيجاب هو العرض الصادر من شخص يعبر به على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معيّن، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد[١].

وعلى ضوء هذا التعريف يمكن أن نستخلص الخصائص الواجب توافرها في العرض حتى يعتبر إيجاباً بالمعنى القانوني:

أولاً: يجب أن يكون التعبير عن الإرادة باتاً: ويقصد بذلك أن يكون التعبير عن الإرادة باتاً وجازماً في دلالته على إرادة التعاقد[٢]. فإن لم يكن التعبير باتاً كأن يقصد به صاحبه استطلاع رأي الطرف الآخر فيما يدعو إليه من تعاقد فإن ذلك لا يكون إيجاباً وإنما يعتبر من قبيل الدعوة إلى الدخول في مفاوضات حول العقد المراد إبرامه. وهذه المفاوضات قد تطول وقد تقصر، وقد تنتهي إلى عرض بات من أحدهما، أي إيجاب يقبله الطرف الآخر فينعقد العقد، وقد تقطع المفاوضات دون أن تنتهي إلى شيء[٣].

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٦ ص ١٠٤.

(٢) مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ٥٨، ص ٦٦.

(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٨، ص ١٠٥، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٤١ ص ١٩٨ وما بعدها.

V.Ph.Malaurie, L. Aynès, op., cit., No. 244, P. 177.

والقانون لا يرتب في الأصل على قطع المفاوضات أثراً قانونياً، فكل شخص حر في قطع المفاوضة في أي وقت يريد. على أن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسؤولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ. والمسؤولية هنا مسؤولية تقصيرية أساسها الخطأ. ويكلف من أصيب بالضرر إثبات خطأ الطرف الآخر، كأن يثبت مثلاً أن من قطع التفاوض لم يكن جاداً عند الدخول فيه، أو أنه لم يخطره بالعدول في الوقت المناسب بحيث أضاع عليه صفقة رابحة. وعندئذ يحق للمضرور المطالبة بالتعويض. والمسألة موضوعية تخضع لظروف الواقع ويقدرها القاضي على ضوء كل حالة[1]. والتحقق مما إذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً أو مجرد دعوة إلى التفاوض يعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع بغير رقابة عليه من محكمة النقض وفقاً لظروف كل حالة على حدة[2].

وكون التعبير باتاً في دلالته على إرادة التعاقد لا يتعارض مع تعليقه على شروط صريحة أو ضمنية. فمثلاً إذا أعلن تاجر عن بيع بضاعة معينة بثمن معيّن على شرط عدم ارتفاع الأسعار أو عدم نفاذ الكمية فإذا ما تم القبول قبل تغير الأسعار أو عدم نفاذ الكمية فإذا ما تم القبول قبل تغير الأسعار أو عدم نفاذ الكمية فإن العقد ينعقد باقترانه بهذا الإيجاب. ومثل ذلك من الناحية العملية عرض شخص على الجمهور شيئاً ذا كمية محدودة، كأماكن المسرح أو السينما أو ملاعب الكرة، فيكون هذا إيجاباً معلقاً على عدم نفاذ الشيء المعروض، ويتم التعاقد مع من يقبل أولاً حتى نفاذه. ففي مثل هذه الحالات، متى توافرت نية التعاقد على وجه بات، فإن تعليق العرض على شرط صريح أو ضمني لا يمنع من اعتباره إيجاباً[3].

ثانياً: **يجب أن يكون التعبير عن الإرادة كاملاً**، بمعنى أن يتضمن الإيجاب العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه. وهذا الشرط منطقي، حيث إن انعقاد العقد

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٨، ١٠٦، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ١٩٤، ص ٣٠٩، ٣١٠ عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٤١ ص ١٩٩ وما بعدها.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٨ ص ١٠٦.

(٣) انظر في تفصيل ذلك إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٨، ص ١٠٦.
J. Flour, J. L. Aubert, op. cit., No. 142, P. 99.

يتحقق بتلاقي التعبير عن إرادتين متطابقتين، فبالتالي يجب أن يتضمن الإيجاب العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، بحيث إذا ما صادفه قبول مطابق له انعقد العقد. ففي البيع مثلاً لن يعتبر العرض إيجاباً إلا إذا عيّن فيه على الأقل الشيء المبيع والثمن تعييناً كافياً، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد عقد البيع. وعلى ذلك فإن كل تعبير عن الإرادة لا يتضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، لا يعتبر إيجاباً، كأن يعرض شخص البيع بتضحية كبيرة، أو بتخفيض كبير، أو بشروط مغرية، ما دامت هذه الشروط وبخاصة ثمن البيع لم تحدد في العرض[١].

ويتضح مما سبق أنه يكفي في التعبير عن الإرادة لكي يكون إيجاباً أن يتضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه. وبناءً عليه فإنه لا يشترط أن يتضمن الإيجاب كافة شروط العقد المراد إبرامه. وإنما يرجع فيما لم يتفق عليه الطرفان من مسائل تفصيلية إلى القواعد المكمّلة والعرف وقواعد العدالة. وعلى ذلك فيكفي في الإيجاب بالبيع تعيين المبيع والثمن، ولا يلزم تحديد مكان وزمان التسليم ونفقاته مثلاً، إذ إنه عند الاختلاف حول أي من هذه المسائل فإنه يرجع إلى القواعد المكمّلة أو المفسرة الواردة في هذا الصدد.

ولكنه يجب أن نشير في هذا الصدد أنه قد لا يكفي أن يكون الإيجاب باتاً وكاملاً لكي ينعقد العقد بمجرد أن يصادفه قبول مطابق له، وذلك في الأحوال التي تكون شخصية المتعاقد فيها محل اعتبار، كعقد العمل أو الشركة أو القرض. ففي هذه العقود شخصية العامل أو الشريك أو المقترض محل اعتبار، فهي من عناصر العقد الأساسية، والعرض الموجه للجمهور في هذا النوع من العقود لا يتضمن نية التعاقد مع أي شخص يستجيب له، ولذلك لا يعتبر هذا العرض إيجاباً وإنما مجرد دعوة إلى التعاقد. وعلى ذلك فالاستجابة إلى هذه الدعوة هي التي تعتبر إيجاباً يتعين أن يقترن به قبول الداعي حتى ينعقد العقد، وللداعي حرية رفض هذا الإيجاب، بشرط ألاّ يكون متعسفاً في هذا الرفض[٢].

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٩، ص ١٠٧، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٤٢ ص ٢٠٠.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص ١٠٧، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٤٢، ص ٢٠١.

ب ـ مدى القوة الملزمة للايجاب

وفي هذا الصدد سوف نعرض لوضع المسألة، ثم لتحديد متى يعتبر الإيجاب ملزماً؟ وندرس أساس هذا الإلزام وأثره.

(١) **وضع المسألة وموقف التشريعات**: سبق أن رأينا أن مجرد صدور الإيجاب عن الموجب لا يترتب عليه أي التزام أو أثر قانوني طالما أنه لم يتصل بعلم من وجه إليه، وهذا هو الوجود الفعلي للتعبير عن الإرادة. لكن إذا اتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه فإنه يتحقق له وجوده القانوني بحيث لو اقترن به قبول مطابق انعقد العقد.

والمشكلة المتعلقة بمدى القوة الملزمة للإيجاب **تتعلق بالمرحلة السابقة على صدور القبول** إذ يثور التساؤل حول ما إذا كان الموجب ملزماً بأن يبقى على إيجابه بحيث لا يجوز له الرجوع فيه بعد أن تحقق له وجوده القانوني باتصاله بعلم من وجّه إليه أم أنه يجوز له مع ذلك الرجوع فيه طالما أنه لم يصدر القبول بعد؟

نستطيع أن نقول في الإجابة عن هذا التساؤل إن الأصل في الإيجاب أنه قابل للرجوع فيه طالما أنه لم يصدر من الموجّه إليه قبول مطابق، وبالتالي لم ينعقد العقد[١]. لكن تطبيق هذا الأصل على إطلاقه من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالاستقرار الواجب للمعاملات، لأنه لو أبيح للموجب في كل الأحوال أن يرجع عن إيجابه طالما أنه لم يقترن به قبول، فلن يستطيع شخص أن يعتمد على إيجاب يوجّه إليه، إذ هو لا يعلم ما إذا كان الموجب سيبقى على إيجابه أم سيرجع عنه قبل أن يستطيع أن يتدبر أمره ويرد بالقبول أو بالرفض[٢].

ولذلك جرى القضاء الفرنسي، رغم خلو التقنين من نص على ذلك، على أن الإيجاب يكون ملزماً إذا اقترن بتحديد مهلة للقبول، فلا يجوز للموجب الرجوع عن إيجابه في خلال هذه المهلة. كما أنه لا يشترط أن تكون هذه المدة محددة صراحة وإنما يكفي أن تستخلص من الظروف أو من طبيعة المعاملة[٣].

(١) انظر: Ph. Malaurie, L. Aynès, op cit., No. 245, P. 179.

(٢) انظر J. Flour, J.J. Aubert, op, cit., No. 146, P. 1620.

(٣) انظر J. Four, J.J. Aubert op., cit No. 147, P. 1030.

وانظر موقف القضاء المصري في ظل التقنين المدني القديم، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٤٣ ص ٢٠١ وما بعدها.

ولذلك اتجهت القوانين الحديثة إلى النص على أنه «إذا عيّن ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد» وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة»[1].

وعلى ذلك فإن الإيجاب قد يتضمن صراحة ميعاداً للقبول وفي هذه الحالة يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه طوال هذه المدة. لكن قد لا يتضمن الإيجاب أي ميعاد للقبول، فهل يمنع ذلك من أن يكون إيجاباً ملزماً؟ الإجابة على هذا التساؤل تكون بالنفي بطبيعة الحال، لأنه يمكن للقاضي أن يستخلص هذا الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة. فإذا كان التعاقد بين غائبين، يتم عن طريق المراسلة، فإن ظروف الحال تفيد باقتران الإيجاب بميعاد ضمني للقبول يتمثل في الوقت الذي يتسع للعلم بالإيجاب والبت فيه والرد عليه ووصول الرد إلى علم الموجب، وفقاً للمجرى العادي للأمور[2]. وإذا كان التعبير عن الإيجاب خاصاً ببيع بشرط التجربة، فإن طبيعة المعاملة تفيد اقتران الإيجاب بميعاد ضمني للقبول يتحدد بالوقت اللازم للتجربة. وكذلك في المسائل التجارية تقتضي طبيعتها أن يراعى في استخلاص المهلة المعقولة التي يظل فيها الموجب ملزماً بإيجابه أن تكون قصيرة نسبياً. وكثيراً ما يتولى العرف ذاته تحديدها.

(٢) **وأساس التزام الموجب بالبقاء على إيجابه**، خلال المدة المحددة صراحة أو ضمناً هو إرادته المنفردة. وهذه هي حالة من الحالات التي ينشأ فيها الالتزام

---

(١) انظر نص المادة ٩٣ من التقنين المدني المصري، ونص المادة ٩٤ مدني سوري (مطابق) ونص المادة ٩٣ مدني ليبي (مطابق)، ونص المادة ٨٤ مدني عراقي (موافق)، ونص المادة ١٧٩ موجبات لبناني (موافق).

(٢) مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ٦٠ ص ٦٨، توفيق فرج، المرجع السابق ص ٦٨، ٦٩. وقد أفصحت عن ذلك المادة ١٧٩/ ٢ موجبات وعقود لبناني حيث نصت على أن يكون الإيجاب ملزماً «عندما يتحصل من ماهية الإيجاب أو من الظروف التي صدر فيها أو من نص القانون أن صاحب الإيجاب كان ينوي إلزام نفسه، فيجب حينئذ استمرار الإيجاب في المدة المعينة من صاحبه أو المستمدة من العرف أو القانون بالرغم من حدوث وفاته أو فقدانه الأهلية الشرعية. كذلك يكون الأمر ولا سيما: ١ ـ إذا كان الإيجاب مقروناً بمهلة على وجه صريح. ٢ ـ إذا كان الإيجاب في أمور تجارية. ٣ ـ إذا كان الإيجاب بالمراسلة. ٤ ـ إذا كان وعداً بمكافأة».

بمقتضى الإرادة المنفردة، لوجود نص يخوّلها هذه القوة[1].

(٣) **وأثر القوة الملزمة للإيجاب** تتمثل في أنه لا يعتد برجوع الموجب عن إيجابه خلال المهلة المحددة، صراحة أو ضمناً، لالتزامه بالبقاء على إيجابه، ويظل الإيجاب قائماً، رغم هذا الرجوع، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق خلال هذه المهلة انعقد العقد. وفي القانون اللبناني وفـاة الموجب أو فقده أهليته في خلال مهلة الالزام بالإيجاب لا يكون له أي أثر، فينعقد العقد بقبول الإيجاب ممن وجه إليه في خلال هذه المهلة.

جـ ـ سقوط الإيجاب:

يجب أن نؤكد ما سبق أن قلناه بأنه يجوز العدول عن الإيجاب دون قيد طالما أنه لم يتصل بعلم من وجّه إليه. حيث إنه وإن تحقق له وجوده الفعلي، إلا أنه لم يستكمل بعد وجوده القانوني.

أما سقوط الإيجاب الذي نعنيه الآن فهو الذي يتحقق بعد أن يكتمل للإيجاب وجوده القانوني، أي بعد أن يكون قد اتصل بعلم من وجه إليه ـ وعلى هذا النحو يسقط الإيجاب سواء كان ملزماً أم غير ملزم، ما دام لم يقترن به قبول الأحوال الآتية:

أولاً: فإذا كان الإيجاب ملزماً (وهو المقترن بميعاد صريح أو ضمني) فإنه يسقط في حالتين:

١ ـ إذا رفض الموجب له الإيجاب. والإيجاب الملزم يسقط بالرفض حتى ولو لم تكن المدة المحددة للقبول قد انقضت. والرفض قد يكون مطلقاً وقد يستفاد أيضاً من القبول المقترن بتغيير في الإيجاب أو تقييد له. إذ إن القاعدة في هذا الشأن بأنه إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدّل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً[2].

---

(١) السنهوري، الوسط، جزء ١، فقرة ١٠٤، ص ٢٢٤، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص ١١١، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٦١ هامش ١ ص ١٣٣، مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ٦١، ص ٦٩، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٤٤ ص ٢٠٤.

(٢) انظر على سبيل المثال نص المادة ٩٦ من التقنين المدني المصري، ونص المادة ٢/١٨٢ موجبات وعقود لبناني، وسوف نتعرض إلى هذه المسألة فيما بعد.

٢ ـ إنقضاء المدة المحددة، صراحة وضمناً دون قبول. يسقط الإيجاب الملزم بانقضاء المهلة التي التزم فيها الموجب بالبقاء على إيجابه دون أن يقترن به قبول. ففي هذه الحالة لا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب بعد أن فقد ما توافر له من الالتزام، بل يسقط سقوطاً تاماً. وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب، فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائماً إلا في خلال المدة المحددة ما دام قد لجأ إلى التحديد[١]، هذا ما لم يتبين العكس، بأن بانت نية الموجب في أن يظل إيجابه قائماً بعد انقضاء المهلة وزوال قوّته الملزمة، فيظل الإيجاب قائماً غير ملزم أخذاً بما قصده[٢].

ثانياً: فإذا كان الإيجاب غير ملزم، فإنه يسقط في الأحوال الآتية:

١ ـ إذا رفض الإيجاب ممن وجّه إليه. في أية صورة كان الرفض كما أسلفنا.

٢ ـ يسقط الإيجاب في حالة التعاقد بين حاضريـن، إذا لم يقترن بتحديد ميعاد صريح للقبول ولم يستخلص من الظروف ميعاد ضمني، برجوع الموجب عن إيجابه قبل قبوله ممن وجّه إليه.

٣ ـ يسقط الإيجاب في التعاقد بين حاضريـن إذا انفض مجلس العقد ولو لم يكن الموجب قد عدل عنه. وسنعود إلى دراسة ذلك فيما بعد.

٤ ـ يسقط الإيجاب غير الملزم في القانون اللبناني، م ١٧٩/٢ موجبات وعقود، بوفاة الموجب أو فقده أهليته[٣] على خلاف الايجاب الملزم كما تقدم.

٢ ـ القبـول:

وهنا يجب أن نقف على تعريف القبول وبيان خصائصه، ثم نعرض بعد ذلك لمدى حرية الموجب له في القبول أو الرفض.

أ ـ تعريف القبول وبيان خصائصه:

القبول هو التعبير عن الإرادة، والمطابق للإيجاب، الصادر عن الشخص الذي

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، جزء ٢ ص ٣٦.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٠ ص ١١٢.
(٣) وهذا يعد فارقاً جوهرياً بين القانون اللبناني والقانون المصري حيث أنه طبقاً لبعض المادة ٩٢ مدني مصري: «إذا مات من صدر من التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره (أي قبل اتصاله بعلم من وجه إليه طبقاً للمادة ٩١)، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير يعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل».

تلقى هذا الإيجاب. فالقبول هو الإرادة الثانية التي يتم بها العقد.

وحيث إن القبول هو تعبير عن الإرادة فإنه يلزم بشأنه جدية هذه الإرادة واتجاهها إلى ترتيب أثر قانوني. كما أن هذه الإرادة يتم التعبير عنها صراحة أو ضمناً، كما أن السكوت لا يعتبر قبولاً إلا إذا كان موصوفاً، أو اقترن بملابسات تكشف دلالته في القبول.

وعلى ضوء ما تقدم نجد أنه يجب أن يتوافر في القبول الشروط الآتية:

أولاً: يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب. وهذا الشرط نتيجة منطقية حيث إن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين. ومعنى التطابق هو أن كل مسألة وردت في الإيجاب يجب أن تصادف القبول من الطرف الآخر.

وعلى ذلك فلا يكون قبولاً ينعقد به العقد، القبول الذي يتضمن زيادة أو نقصاً أو تعديلاً للإيجاب، أو الذي يكون معلقاً على شرط أو مقيداً بقيد لم يرد فيه. بل يكون هذا رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً لا ينعقد العقد إلا بقبوله ممن وجّه الإيجاب الأول[1].

كما يتعين أن يتطابق القبول الإيجاب في كل مسألة وردت فيه سواء كانت جوهرية أو ثانوية، ما دامت مذكورة في الإيجاب.

على أنه إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة[2].

وتطبيقاً لذلك أن يتفاوض الطرفان في شروط العقد، وينتهيان إلى الاتفاق على

---

(١) انظر نص المادة ٩٦ من التقنين المدني المصري، ونص المادة ٩٧ مدني سوري (مطابق)، ونص المادة ٩٦ مدني ليبي (مطابق)، ونص المادة ١/٨٦ مدني عراقي (موافق)، ونص المادة ١٨٢ موجبات لبناني (موافق)، وانظر أيضاً نص المادة ١٥٠ من تقنين الالتزامات الألماني.

(٢) انظر نص المادة ٩٥ من التقنين المدني المصري، ونص المادة ٩٦ مدني سوري (مطابق)، نص المادة ٩٥ مدني ليبي (مطابق)، ونص المادة ٢/٨٦ مدني عراقي (مطابق)، وانظر أيضاً نص المادة ٢ من تقنين الإلتزامات السويسري، ونص المادة ٢/٦١ من تقنين الالتزامات البولوني.

المسائل الجوهرية فيه، أي يطابق القبول الإيجاب في هذه المسائل، كما لو اتفقا في البيع على المبيع والثمن وفي الإيجار على العين المؤجرة والأجرة ومدة الإيجار، ولم يتم الاتفاق على المسائل التفصيلية الأخرى، كتحديد مكان وزمان التسليم، ونفقاته، وتحديد من يتحمل بأجرة البواب، أو بقيمة اشتراك المياه أو الكهرباء، في مثل هذه الحالة العقد ينعقد، ما دام الطرفان لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق على هذه المسائل التفصيلية. وإذا قام خلاف بينهما في صدد هذه المسائل فيما بعد، فالقاضي يفصل فيها طبقاً لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة.

ثانياً: يجب أن يتم القبول في خلال الفترة التي يكون فيها الإيجاب قائماً: لأنه لو صدر القبول بعد سقوط الإيجاب فلا ينعقد العقد، وإنما يعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول من الموجب الأول ـ ولنفهم هذه القاعدة يجب أن نفرق بين التعاقد بين حاضـرين والتعاقد بين غائبين.

في التعاقد بين حاضرين، الإيجاب الصادر لشخص حاضر، إذا لم يتضمن تحديداً لميعاد القبول، يسقط بعدول الموجب، طالما أن هذا العدول قد صدر قبل قبول الموجب له. أما إذا لم يعدل الموجب عن إيجابه فالإيجاب لا يسقط من تلقاء نفسه لمجرد أن القبول لم يصدر فوراً، بل يبقى الإيجاب قائماً إلى أن ينفضّ مجلس العقد. فالقبول المتأخر هو القبول الذي يصدر بعد انفضاض مجلس العقد. وينفضّ مجلس العقد بافتراق الطرفين أو انصرافهما عن موضوع التعاقد إلى غيره.

أما في التعاقـد بين غائبين، فإنه يجب أن يتم القبول خلال الميعاد، الصريح أو الضمني، الذي يلتزم فيه الموجب بالإبقاء على إيجابه. وحيث إن القبول تعبير عن الإرادة لا يكتمل له كيانه القانوني إلا باتصاله بعلم من وجّه إليه، وهو الموجب، في القانون المصري، فلذلك إذا لم يتصل القبول بعلم الموجب إلا بعد إنتهاء ميعاد التزامه بالإيجاب، فإن القبول يكون متأخراً، ولو كان قد صدر من القابل في خلال الميعاد. والقبول المتأخر يمكن أن يعتبر إيجاباً جديداً للموجب الأول حرية قبول أو رفضه. في القانون اللبناني يكفي أن يصدر القبول في خلال الميعاد.

لكن يجب ملاحظة أنه إذا صدر القبول في وقت مناسب بحيث كان يصل بحسب المألوف قبل انتهاء ميعاد الالتزام بالإيجاب، ولكنه تأخر في الطريق فوصل بعد

الميعاد، وعلم الموجب بهذا وسكت، فيعد سكوته قبولاً للإيجاب الجديد، إذ مقتضيات حسن النية تفرض على الموجب في هذه الحالة أن يخطر الطرف الآخر بتأخر قبوله وذلك إذا لم يشأ أن يقبل هذا الإيجاب الجديد[1].

ب ـ مدى حرية الموجب له في القبول أو الرفض:

الأصل هو حرية الإنسان في أن يتعاقد أو لا يتعاقد. وعلى ذلك فمن يرفض إيجاباً وجّه إليه لا يكون مسؤولاً عن هذا الرفض ولا يجوز البحث في بواعثه. وعلى ذلك نصت المادة ١٨١/١ موجبات وعقود لبناني صراحة بقولها أن «من يوجه إليه العرض يكون في الأساس حراً في الرفض ولا يتحمل تبعة ما لامتناعه عن التعاقد».

ولكن هناك أحوالاً تقتضي الظروف فيها فرض الرقابة على استعمال الشخص لحريته في رفض التعاقد. ومن هذه الحالات، حالة ما إذا كان الموجب له هو الذي دعا الموجب إلى التعاقد معه. ففي الحياة العملية نجد أن هناك طوائفاً من الناس تستحث غيرها على الإيجاب وتدعوهم إليه، كالتجار يوجهون النشرات والإعلانات إلى الجمهور، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون أبوابها لاستقبال النزلاء والعملاء، وكأصحاب الأعمال الذين يعلنون عن حاجتهم إلى عمال لشغل الوظائف الخالية لديهم. ففي هذه الأحوال إذا استجاب أي شخص لهذه الدعوة إلى التعاقد فإن هذه الاستجابة تكون إيجاباً يستلزم قبولاً ممن وجه الدعوة للتعاقد حتى ينعقد العقد. فإذا رفض من وجّه الدعوة إلى التعاقد وجب أن يكون هذا الرفض مبنيّاً على مبرر مشروع وإلا كان متعسفاً في هذا الرفض فيسأل عن تعويض الضرر الناتج عنه[2]. وقد نصت المادة ١٨١/٢ موجبات وعقود على ذلك بقولها «بيد أن الأمر يكون على خلاف ذلك إذا أوجد هو نفسه حالة من شأنها أن تستدرج للعرض (كالتاجر تجاه الجمهور أو صاحب الفندق وصاحب المطعم، أو رب العمل تجاه العمال) ففي هذه

---

(١) انظر السنهوري، الوسيط، جزء ٢ فقرة ١٠٧ ص ٢٢٦ وخاصة هامش ٢، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٥، ص ١١٨.

(٢) السنهوري، الوسيط، جزء ٢، فقرة ١١٠ ص ٢٣١، ٢٣٢، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٢، ص ١١٤ عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٤٨، ص ٢٠٩، مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ٦٥ ص ٧٣، وانظر نص المادة ١٣٦ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري، مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٢، ص ٤٥، ٤٦.

الحالة يجب أن يسند امتناعه عن التعاقد إلى أسباب حرية بالقبول وإلا كان امتناعه استبدادياً وجاز أن تلزمه التبعة من هذا الوجه».

ثالثاً - اقتران الإيجاب بالقبول

درسنا في المراحل السابقة وجود الإرادة وكيفية التعبير عنها وضرورة تطابق الإيجاب والقبول والآن ندرس المرحلة الأخيرة وهي ضرورة اقتران الإيجاب بالقبول وذلك حتى ينعقد العقد. وتلاقي الإيجاب بالقبول هو الذي يحدد الوقت الذي ينعقد فيه العقد، وكذلك مكان هذا الانعقاد.

ولتحديد زمان ومكان انعقاد العقد أهمية عملية كبيرة:

فمن حيث زمان انعقاد العقد، فإن لتحديده أهمية عملية تتجلى في عدم جواز رجوع أحد الطرفين في التعبير عن إرادته بعد انعقاد العقد. كما أنه من لحظة انعقاد العقد يبدأ في ترتيب آثاره، كأن تكون الثمار التي ينتجها المبيع من حق المشتري، وتنتقل إليه من وقت انعقاد العقد ملكية المبيع إذا كان منقولاً معيناً بالذات، ويبدأ احتساب مواعيد التقادم بالنسبة للالتزامات المنجزة الناشئة عن العقد.. وغير ذلك من المسائل الهامة.

أما من حيث تحديد مكان انعقاد العقد، فإن أهمية تبدو بوجه خاص فيما يتعلق بالاختصاص القضائي، حيث إن القانون ينص غالباً على تقرير الاختصاص للمحكمة التي تم في دائرتها انعقاد العقد، كما تبدو أهمية تحديد مكان انعقاد العقد في نطاق القانون الدولي الخاص في الحالات التي يكون القانون الواجب التطبيق فيها على العقد هو قانون الدولة التي تم فيها انعقاده[1].

ولتحديد زمان ومكان انعقاد العقد فإنه يجب التفرقة بين فرضين:

الأول: أن يكون الطرفان في مجلس واحد، وهذا هو التعاقد بين حاضرين، **والثاني**: أن يباعد المكان بين الطرفين، وحيث تمضي فترة من الزمن بين الإيجاب والقبول، وهذا هو التعاقد بين غائبين.

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٣، ص ١٢٧، ١٢٨.

١ ـ التعاقد بين حاضرين:

ولندرس التعاقد بين حاضريـن، يجب أن نعرض أولاً لتحديد المقصود به وصوره، ثم ندرس ما يثيره من فكرة مجلس العقد، وأخيراً يمكننا أن نحدد زمان ومكان انعقاد العقد في هذه الحالة.

أ ـ المقصود بالتعاقد بين حاضرين وصوره:

التعاقد بين حاضـرين، هو التعاقد الذي يكون فيه التعبير الذي يصدر من أحد الطرفين يعلم به الآخر في ذات الوقت الذي يصدر فيه. فالتعاقد بين حاضرين يفترض أن يكون، الطرفان على اتصال مباشر، بحيث يسمع كل منهما كلام الآخر في الوقت نفسه، وعلى ذلك فلا يشترط الحضور المادي، ومواجهة أحدهما الآخر، بل يعتبر التعاقد بين حاضرين، تم مثلاً بطريق الهاتف أو بأي وسيلة أخرى بحيث يكون الاتصال بينهما مباشراً لا تفصله فترة من الزمن.

والتعاقد بين حاضرين على هذا النحو يثير فكرة مجلس العقد، وهي موضوع الفقرة التالية:

ب ـ فكرة مجلس العقد:

مجلس العقد اصطلاح شرعي وقانوني وهو يعني اجتماع المتعاقدين في المكان نفسه والزمان، بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة، حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل[1].

وعلى ذلك فإنه يجب أن يتوافر في مجلس العقد شرطان:

١ ـ وحدة المكان حقيقة أو حكماً: وهذا يعني اجتماع المتعاقدين حقيقة، أي بالأبدان، في المكان نفسه والزمان، بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة، أو اجتماعهما حكماً كما إذا تحدثا في الهاتف أو بأي طريق مشابه يسمح بأن يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة وفي الوقت نفسه.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ص ١٤٥.

٢ ـ انشغال المتعاقدين بالتعاقد، بحيث لا ينصرف أي منهما أو كلاهما عنه إلى شيء آخر.

إذا ما توافر لمجلس العقد المقومات السابقة، فإنه يجب أن نبحث بعد ذلك كيف يتم التعاقد بين حاضرين؟ ولمعرفة ذلك يجب أن نفرق بين ثلاثة فروض:

الفرض الأول: أن يصدر في مجلس العقد إيجاب من الموجب يعقبه على الفور قبول مطابق من الموجب له، في هذا الفرض ينعقد العقد بتلاقي الإيجاب والقبول.

الفرض الثاني: أن يصدر في مجلس العقد إيجاب، دون أن يقترن بتحديد ميعاد صريح للقبول ولم يستخلص من الظروف ميعاد ضمني، فإن الموجب يستطيع أن يتحلل عن إيجابه بعدوله عنه طالما أنه لم يصدر قبول من الموجب له. وفي هذا الفرض يسقط الإيجاب كما سبق أن رأينا. لكن إذا كان الإيجاب متضمناً ميعاداً صريحاً أو ضمنياً للقبول فإن الموجب يلتزم بالبقاء على إيجابه طوال هذه المدة، فإن لم يصدر خلالها قبول مطابق سقط الإيجاب الملزم كما سبق أن رأينا.

الفرض الثالث: إذا صدر في مجلس العقد إيجاب، غير ملزم، ولم يعدل الموجب عنه، فالإيجاب لا يسقط من تلقاء نفسه لمجرد أن القبول لم يصدر فوراً، بل يبقى قائماً إلى أن ينفضّ مجلس العقد. فإذا صدر قبول مطابق قبل انفضاض المجلس انعقد العقد. أما إذا لم يصدر قبول وانفضّ مجلس العقد فإن هذا الإيجاب يسقط كما سبق أن رأينا ذلك تفصيلاً.

وينفضّ مجلس العقد بالمفارقة الجسدية للمكان من أحد العاقدين أو كليهما. ولكنه يعتبر منفضاً كذلك، ولو لم يبرح العاقدان المكان، إذ شغلهما أو شغل أحدهما عن التعاقد شاغل[1].

جـ ـ زمان ومكان انعقاد العقد:

١ ـ فمن حيث زمان انعقاد العقد، فإنه في التعاقد بين حاضرين ينعقد العقد في الزمان الذي يقترن فيه القبول بالإيجاب القائم في مجلس العقد، سواء كان هذا التعاقد قد تم بين عاقدين موجودين في المكان نفسه والزمان، أو كان التعاقد قد تم عن طريق

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ص ١٤٥.

الهاتف أو أي وسيلة مشابهة تسمح بأن يسمح أحد المتعاقدين الآخر مباشرة.

٢ ـ ومن حيث مكان انعقاد العقد، فإنه يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: حالة تواجد المتعاقدين حقيقة في مجلس العقد فإن اقتران القبول بالإيجاب القائم في هذا المجلس هو الذي يحدد هذا المكان. فإذا كان مجلس العقد الاسكندرية يكون مكان انعقاد العقد الاسكندرية، طالما اقترن القبول بالإيجاب في المجلس.

الفرض الثاني: التعاقد عن طريق الهاتف أو أية وسيلة مشابهة، حيث إن هذا التعاقد اعتبر تعاقداً بين حاضرين لوجود الاتصال المباشر بين العاقدين، حيث إن كلاً منهما يسمع كلام الآخر في الوقت نفسه، وليس هناك أي فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، وبالرغم من ذلك فإنه يباعد بينهما المكان. ولذلك لتحديد مكان انعقاد العقد يجب أن نطبق قاعدتنا في تحديد متى يتحقق للتعبير عن الإرادة وجوده القانوني. فنبدأ بالإيجاب، فلكي ينتج هذا التعبير عن الإرادة أثره القانوني، يجب أن يتصل الإيجاب بعلم من وجّه إليه، (الموجود على هاتف في القادرة مثلاً) ولكي ينعقد العقد يجب أن يتصل القبول، وهو الإرادة الثانية في العقد، بعلم الموجب (الموجود على الهاتف في الاسكندرية) وهنا تنعقد عقدة العقد، ويكون مكان انعقاد العقد عن طريق الهاتف إذن هو المكان الذي يوجد فيه الموجب (أي الاسكندرية). في القانون اللبناني تنص المادة ١٨٥ موجبات وعقود على «أن العقد الذي ينشأ بالمخاطبة التليفونية يعد بمثابة العقد المنشأ بين أشخاص حاضرين» «وحينئذ يعين محل انشائه إما بمشيئة المتعاقدين أو بواسطة القاضي أو بحسب أحوال القضية». معنى ذلك أنه لا توجد قاعدة قانونية يتحدد بها مكان انعقاد العقد ـ وعلى ذلك فإذا لم يتبين القاضي قصد المتعاقدين في تحديد مكان العقد صراحة أو ضمناً، سيلجأ إلى ذات القاعدة التي سيحدد بها مكان العقد بين الغائبين، فيعتبر العقد قد انعقد في مكان صدور القبول.

٢ ـ التعاقد بين غائبين:

ولنفهم جيداً التعاقد بين غائبين يجب أن نبدأ بتحديد المقصود به وصوره، ثم نبحث بعد ذلك متى وأين ينعقد العقد في هذه الحالة؟

أ - المقصود بالتعاقد بين غائبين وصوره:

والتعاقد بين غائبين، هو التعاقد الذي يتم بين شخصين يباعد المكان بينهما، ويفصل الزمن بين إيجاب أحدهما وقبول الآخر. وبذلك تمضي فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به، وهذا الفاصل الزمني هو المميز الحاسم بين التعاقد في حضور الطرفين والتعاقد في غيابهما[١].

ومن صور التعاقد بين غائبين التعاقد بالمراسلة، سواء تم عن طريق رسول يبلغ الرسالة أو تم بالمكاتبة عن طريق البريد، أو عن طريق البرق أو التلكس أو أية وسيلة أخرى مشابهة من وسائل الاتصال الحديثة.

ب - زمان ومكان انعقاد العقد:

وضع المشكلة: من الخصائص الأساسية للتعاقد بين غائبين أنه يتم بين شخصين يباعد بينهما المكان، وبالتالي يكون هناك فترة زمنية تمضي بين صدور الإيجاب من الموجب واتصاله بعلم من وجه إليه، الموجب له، مما جعل الإيجاب في التعاقد بين غائبين إيجاباً ملزماً على النحو السابق بيانه. وبالمثل بالنسبة للقبول، فإنه تمضي فترة زمنية بين إعلان القبول من الموجب له وعلم الموجب بهذا القبول. ولذلك يمكن التردد في تعيين الوقت الذي ينعقد فيه العقد بين وقت إعلان القبول، ووقت تصدير القبول، ووقت وصول القبول، ووقت العلم بالقبول. وهذه مذاهب أربعة، لكل منها أنصاره، وتختلف التقنينات الحديثة في الأخذ بأحدها. وفيما يلي نستعرض هذه النظريات المختلفة بإيجاز ونحدد بعد ذلك الموقف الذي انحازت إليه التشريعات العربية.

(١) نظرية إعلان القبول[٢]. ويقوم منطق هذه النظرية على أن العقد ينعقد بتلاقي

---

(١) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٠٣، ص ٣١٨.

(٢) التقنين المدني السوري يأخذ بمذهب إعلان القبول، فقد نصت المادة ٩٨ على أنه «يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين صدر فيهما القبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك». ففي فرنسا لا يوجد نص تشريعي، فالقضاء ينقسم بين مذهبي إعلان القبول والعلم بالقبول. ومحكمة النقض الفرنسية استقرت على أن تحديد وقت تمام العقد ومكانه يعد مسألة موضوعية يرجع فيها إلى نية المتعاقدين.

إرادتين متطابقتين، وبالتالي بمجرد صدور قبول مطابق للإيجاب فإنه يجب أن ينعقد العقد. وتستند هذه النظرية في تأييد منطقها إلى الاعتبارات العملية، من حيث إن مقتضيات الحياة التجارية تقتضي السرعة في التعامل، إذ يستطيع القابل بمجرد إعلان قبوله أن يطمئن إلى الصفقة ويبني تعامله مع الغير على هذا الأساس.

ويؤخذ على هذه النظرية أولاً، أن العقد لا يتم بتلاقي إرادتين متطابقتين وإنما بتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مما يستوجب أن يتصل التعبير عن الإرادة، القبول، بعلم من وجّه إليه، الموجب وذلك حتى ينتج هذا التعبير أثره وينعقد العقد، وثانياً أن هذه النظرية تجعل أمر انعقاد العقد في قبضة القابل، حيث إن إعلان القبول أمر يختص به القابل وحده، فهو الذي يقول متى أعلنه، مما يجعل تحديد زمان انعقاد العقد يتوقف على محض إرادته. كما يسهل عليه أيضاً إن أراد العدول عنه أن ينكر إعلانه للقبول ولن يستطيع الموجب أن يثبت حصوله.

(٢) نظرية تصدير القبول[1]: وهذه النظرية قريبة الصلة - بالنظرية السابقة، وذلك لأنها تحاول أن تتفادى ما وجّه إليها من نقد وخاصة ما هو متعلق بجعل أمر انعقاد العقد في قبضة القابل - فلكي تتغلب على هذه العقبة اقترح أنصارها أن العقد لا ينعقد بمجرد إعلان القبول وإنما بتصدير هذا القبول، أي بإرساله فعلاً، حتى يكون نهائياً لا رجعة فيه، كأن يلقي به في صندوق البريد أو يسلم لموظف البرق، أو يبلغ فينطلق به لإبلاغه للموجب.

ويؤخذ على هذه النظرية أولاً، أن تصدير القبول واقعة مادية لا تضيف جديداً من الناحية القانونية، حيث إن القبول لم يتصل بعد بعلم من وجّه إليه بالرغم من تصديره، وبالتالي لم ينتج أثره في انعقاد العقد. ثانياً: أن تصدير القبول لا يفيد استقرار إرادة القابل على قبول العقد، أو خروج القبول بصفة نهائية لا رجعة فيه، حيث إن القابل يستطيع استرداد الرسالة قبل وصولها، وذلك وفقاً لما تسمح به لوائح البريد في كثير من الدول.

(٣) نظرية وصول القبول: وهذه النظرية تذهب إلى أبعد من النظريتين السابقتين

---

(١) تقنين الالتزامات السويسري يأخذ بمذهب تصدير القبول (م/ ١٠)، وكذلك القانون البرازيلي (م ٩٦/ ١).

بأن لا تكتفي بإعلان القبول أو تصديره، وإنما يلزم علاوة على ذلك وصوله إلى الموجب سواء علم به أو لم يعلم. وبذلك يكون قد تلافت الاعتراضات السابق توجيهها إلى النظريتين السابقتين.

على أنه يعاب على هذه النظرية مع ذلك أن وصول القبول واقعة مادية ليست لها دلالة قانونية. فوصول القبول غير قاطع في دلالته على علم الموجب به، وبالتالي لا يتحقق حتى هذه اللحظة اتصاله بعلم من وجّه إليه، ولذلك لم ينعقد العقد.

(٤) نظرية العلم بالقبول: وهذه النظرية أرادت أن تتخطى العقبة السابقة واعتبرت أن العقد ينعقد في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، وذلك تأسيساً على أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجّه إليه. فالتعاقد بين غائبين بمثابة عملية لا تتصل حلقاتها إلا بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين. فكما أن الإيجاب لم ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم الموجب له فإن القبول لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم الموجب وبالتالي تكتمل الحلقة وتنعقد عقدة العقد.

ومع ذلك فإن هناك بعض الشك الذي يحوم حول هذه النظرية وخاصة أن واقعة العلم وثيقة الصلة بشخص الموجب، فهو الذي يملك زمامها، فهو الذي يقول لنا متى علم بالقبول حتى ينعقد العقد، مما يزعزع الثقة ويثير الشك في تحقيقه أو تخلفه. ولعلاج ذلك حرصت القوانين الحديثة على أن تقيم قرينة تقوم على الغالب المألوف، وهو أن وصول القبول يفيد غالباً العلم به. ولذلك فإن القوانين الحديثة تأخذ بنظرية العلم كقاعدة عامة ولكنها تجعل وصول القبول قرينة على العلم به. ولكن هذه القرينة تعتبر قرينة غير قاطعة، إذ يجوز للموجب هدمها بإثبات أنه لم يعلم بالقبول رغم وصوله إليه لغيابه أو مرضه مثلاً[1].

وعلى ذلك نجد أن معظم التشريعات العربية أخذت بالقاعدة التي بمقتضاها «يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك». «ويفترض أن الموجب

(١) من التقنيات التي تأخذ بمذهب العلم بالقبول، التقنين الألماني (م ١٣٠) والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ١/٢)، والتقنين التجاري الإيطالي (م ٣٦) والتقنين الإسباني (م ٢/٢٦٢)، انظر السنهوري، الوسيط جزء١ فقرة ١٢٨ ص ٢٦٠.

قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول»[1].

في القانون اللبناني قد حسم المشرّع الخلاف بين هذه النظريات المتعددة بالنص صراحة على الأخذ بنظرية إعلان القبول[2]. فنصت المادة ١٨٥ موجبات وعقود على أنه: «إذا كانت المساومات جارية بالمراسلة أو بواسطة رسول بين غائبين فالعقد يعد منشأ في الوقت وفي المكان اللذين صدر فيهما القبول ممن وجه إليه العرض».

وعلى ذلك فإن تعيين الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد بين غائبين يرجع فيه أولاً إلى إرادة المتعاقدين. فإذا لم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن أو نص خاص يتولى تعيين الزمان والمكان (انظر المادة ٥٩٢ موجبات وعقود فيما يتعلق بالتجديد الضمني لعقد الإيجار) انطبق حكم نص المادة ١٨٤ موجبات وعقود، فيعتبر العقد قد تم في الزمان والمكان اللذين يعلن فيهما القبول.

الفرع الثاني: صور خاصة من التراضي

بيّنّا فيما سبق، كيف يتم التراضي في العقد بصفة عامة، ونتناول الآن بعض صور خاصة للتراضي، لما قد يعتريها من لبس في تبين حكمها أو لما تختص به من حكم مميز، أو لما تتسم به من أهمية في العمل[3]. وفي هذا المجال ندرس أولاً: التعاقد بطريقة المزائدة أو المناقصة، ثانياً: الوعد بالتعاقد. وثالثاً: التعاقد بالعربون. ورابعاً: النيابة في التعاقد.

أولاً: التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة

يتم التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة لتحقيق غرض معين، كما أن هذه الصورة من التعاقد تستدعي بيان أحكامها وفقاً للقواعد العامة.

---

(١) انظر نص المادة ٩٧ من التقنين المدني المصري، ونص المادة ٩٧ من المدني الليبي (مطابق)، ونص المادة ٨٧ من المدني العراقي (مطابق)، نص المادة ٤٩ من القانون المدني الكويتي.

(٢) خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، جـ٢ الطبعة الثانية ١٩٦٤ ص ٨١. قارن جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، جـ١، ١٩٦٠، فقرة ٤٠، حيث أنه يذهب إلى أن القانون اللبناني أخذ بنظرية تصدير القبول. وانظر إسماعيل غانم، محاضرات في مصادر الموجبات، سنة ١٩٦٢ ـ ١٩٦٣ ص ٨٨ هامش ١.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٧٨ ص ١٦٥.

١ ـ كيفية التعاقد بالمزايدة أو المناقصة والغرض منه

الغالب والمألوف في حياة الناس أن يتم التعاقد بطريق الممارسة، فتجرى المفاوضات بين أطرافه حتى يتم التوصل إلى إيجاب محدد من أحد الطرفين يقبله الطرف الآخر. ومع ذلك في أحوال كثيرة، يتم التعاقد عن طريق المزايدة، فيعرض موضوع العقد في مزاد عام بغية إبرامه مع من يتقدم بأكبر عطاء، أو بطريق المناقصة بغية إبرام العقد مع من يتقدم بأقل عطاء.

والتعاقد عن طريق المزايدة قد يحتمه القانون، كما هو الشأن في بيع وإيجار الأموال الخاصة للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، وفي بيع أموال المدين على إثر التنفيذ الجبري عليها نتيجة عدم وفائه بديونه. وقد يلجأ إليها المتعاقدان طوعاً منهما واختياراً، كما إذا نظم شخص مزاداً يجريه بنفسه أو بواسطة آخر ينوب عنه في إجرائه لبيع منقولاته أو عقاراته أو تأجيرها.

ومن أمثلة العقود التي تتم بطريق المناقصة، عقد المقاولة، فتطرح العملية المراد إتمامها في مناقصة عامة للاهتداء إلى المقاول الذي يرضى بإتمامها بأقل أجر. وقد يتم البيع كذلك بطريق المناقصة بأن يعلن راغب الشراء عمّا يريد شراءه ويدعو راغبي البيع إلى التقدم بعطاءاتهم لكي يختار من بينها العطاء الأقل، وكثيراً ما تلجأ الجهات الحكومية والشركات الكبيرة إلى طريق المناقصة للحصول على الأشياء المطلوب توريدها بأقل ثمن.

وتبدأ عملية التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة بإعلان على المزايدة أو المناقصة أي تطرح العملية موضوع التعاقد للمزايدة أو المناقصة، وذلك لكي تتيح فرصة لأكبر عدد من المزايدين أو المناقصين للتقدم بعطاءاتهم، إما علناً وإما في مظاريف مغلقة بحسب الأحوال. وتنتهي هذه العملية بإرساء المزاد أو المناقصة على صاحب أكبر عطاء في حالة المزايدة أو أقل عطاء في حالة المناقصة.

٢ ـ أحكام التعاقد بالمزايدة أو المناقصة:

سبق أن بيّنا كيف يتم التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة والغرض منه. والآن يجب أن نبيّن كيفية تطبيق المبادىء العامة السابق دراستها في الإيجاب والقبول على

هذه العملية. فيجب أن نحدد ما يعتبر إيجاباً ومدى التزام الموجب بالإبقاء على إيجابه، ومعرفة ما يعتبر قبولاً وتحديد متى يقترن الإيجاب بالقبول وبالتالي متى ينعقد العقد.

أول الحقائق التي يجب توضيحها هو أن طرح الصفقة في المزاد أو المناقصة لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد ولا يغير من طبيعتها أن يكون الإعلام عن المزاد مصحوباً بتحديد ثمن أساسي، فهذا الثمن الأساسي ليس إلا رقماً تبدأ المزايدة منه، وليس ثمناً عبر طارح المزايدة عن إرادته في إبرام العقد به[١].

الإيجاب في التعاقد بالمزايدة أو المناقصة هو العطاء الذي يقدم به من استحباب للدعوة إلى التعاقد. ويعتبر هذا العطاء إيجاباً ومدى التزام الموجب بالإبقاء على إيجابه، ومعرفة ما يعتبر قبولاً وتحديد متى يقترن الإيجاب بالقبول وبالتالي متى ينعقد العقد.

أول الحقائق التي يجب توضيحها هو أن طرح الصفقة في المزاد أو المناقصة لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد ولا يغير من طبيعتها أن يكون الإعلان عن المزاد مصحوباً بتحديد ثمن أساسي، فهذا الثمن الأساسي ليس إلا رقماً تبدأ المزايدة منه، وليس ثمناً عبر طارح المزايدة عن إرادته في إبرام العقد به[٢].

الإيجاب في التعاقد بالمزايدة أو المناقصة هو العطاء الذي يقدم به من استحباب للدعوة إلى التعاقد. ويعتبر هذا العطاء إيجاباً ولو كان مصحوباً بتأمين تقدم به صاحبه وأخذه منه مجري المزاد، لأن التأمين يعتبر شرطاً للتقدم بالعطاء وبالتالي لا يعتبر أخذه من جانب مجري المزاد قبولاً ينعقد به العقد.

وإذا كان تقديم عطاء يزيد على العطاءات السابقة عليه يترتب عليه سقوط العطاء الأقل، إلا أنه لا يترتب عليه انعقاد العقد بين مقدم العطاء الأعلى وبين الداعي للمزايدة، لأن التقدم بالعطاء ولو كان يزيد على غيره من العطاءات ليس إلا إيجاباً من صاحب العطاء، فلا بد لانعقاد العقد من أن يصادفه قبول بإرساء المزاد عليه ممكن يملكه.

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٤ ص ١٢٩.
(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص ١٩٨.

والإيجاب الذي يتمثل في التقدم بالعطاء هو إيجاب ملزم، إذ يبقى صاحبه ملتزماً به إلى حين تقدم مزايد آخر بعطاء أفضل، أو إلى أن يقفل المزاد، دون أن يرسو على أحد، إذا كان عطاؤه هو الأفضل، وذلك ما لم يظهر من ظروف الحال، أن المتزايد أراد ألا يبقى مقيداً بعطائه، أو أن المتعاقدين اتفقا على عدم سقوط الإيجاب بإقفال المزاد[1]. وكذلك في حالة المزايدة أو المناقصة التي تتم في مظاريف مغلقة، يلتزم كل من تقدم بعطاء بالبقاء على إيجابه خلال الفترة اللازمة لتجميع العطاءات وفض المظاريف وفحص العطاءات المقدمة لإرساء المزايدة أو المناقصة على أحدها.

ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه حتى ولو كان العطاء الجديد باطلاً، أو تقرر رفضه أو إلغاؤه أو الرجوع فيه أو أُقفل المزاد دون أن يرسو على أحد. وبالنسبة للمزايدة أو المناقصة داخل مظروفات تقوم على سرية العطاءات المتمثلة في عدم علم المتزايد أو المتناقص بعطاء غيره، ومؤدي ذلك اعتبار المتزايد أنه لم يعلق بقاء عطائه على عطاءات الآخرين وإنما هو يفترض فيه أنه بتقديمه عطاءه داخل مظروف أراد أن يبقى عطاؤه هذا قائماً إلى أن تفض المظروفات ويتقرر إرساء المزاد أو المناقصة، ومن غير أن يتأثر عطاؤه هذا بما عساه أن يكون غيره قد تقدم به من عطاءات أخرى[2].

والسؤال الآن كيف يقترن الإيجاب بالقبول؟

وللإجابة على ذلك السؤال نقول، إنه إذا كان العطاء الذي تقدم به المتزايد هو الأفضل، بمعنى أنه لم يتقدم آخر بعطاء يفوقه، بقي العطاء الوحيد الذي يتضمن إيجاباً قائماً ينتظر القبول. والجدير بالملاحظة أن القبول لا يتم بمجرد قفل باب المزاد، بل بتقرير إرسائه على صاحب العطاء[3]. ويلاحظ أنه في المزايدة أو المناقصة داخل مظروفات يكون للداعي للمزاد أو المناقصة أن يتخير من العطاءات المقدمة ما يراه له أصلح دون أن يتقيد بقيمة أي منها، وذلك كله ما لم يتفق على غيره، أو يقضي القانون بخلافه.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٣ ص ٢٠٢.
(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص ٢٠٠، إسماعيل غانم المرجع الساقع، فقرة ٧٤، ص ١٣٠، مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ٨٢ ص ٩٦.
(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص ٢٠٠.

الأصل هو حرية الداعي للمزاد أو المناقصة في القبول أو الرفض. وعلى ذلك فللداعي للمزاد أو المناقصة أن يرفض العطاء، ولو كان هو الأفضل أو الأخير، دون أن يكون من شأن ذلك أن يحمله بالمسؤولية، ذلك لأنه موجب له، فللموجب له خيار قبول الإيجاب أو رفضه دون أن يكون عليه معقب. ولا تقوم مسؤولية الداعي للمزاد إلا إذا اتضح من الظروف أنه قد ارتكب خطأ بعدم إرسائه على صاحب أكبر عطاء بدون عذر مقبول، بعد أن دعا إليه، وتكون مسؤوليته مسؤولية تقصيرية، أي على أساس العمل غير المشروع، ويلزم الداعي للمزاد بالتعويض، وقد يرى القاضي أن خير تعويض هو تقرير التعويض العيني، فيحكم باعتبار الصفقة قائمة مع من تقدم بالعطاء الأكبر[1].

وقد جرى العمل على تضمين قوائم المزايدات شرطاً يقضي بأن لمن يجري المزاد لصالحه قبول أو رفض أي عطاء، دون إبداء الأسباب، فما هو حكم هذا الشرط؟

يعتبر هذا الشرط صحيحاً، بشرط أن يكون المتزايد قد علم به أو على الأقل كان في مكنته أن يعلم به. ويترتب على صحة هذا الشرط انتفاء الخطأ عن الداعي للمزاد، إذا رفض أي عطاء حتى ولو كان هو الأكبر.

متى ينعقد العقد في التعاقد بالمزايدة أو المناقصة؟

القاعدة أن العقد ينعقد في الوقت الذي يتصل فيه إرساء المزاد بعلم من أرسي عليه. ويترتب على ذلك أنه بعد إرساء المزاد واتصاله بعلم الراسي عليه لا يستطيع من أجرى المزاد أن يرجع في قبوله ما لم يتفق على غير ذلك أو يقضي القانون بخلافه، أما قبل أن يتصل إرساء المزاد بعلم صاحب العطاء فإنه يكون لمن أجرى المزاد لصالحه أن يرفض عطاء المتزايد حيث إن العقد لم ينعقد بعد. وذلك بخلاف القانون اللبناني حيث أن العقد ينعقد بمجرد إرساء المزاد على صاحب العطاء، إذ بذلك يكون قد قبل التعاقد بمجرد صدور القبول.

أما بالنسبة للمتزايد، صاحب العطاء، فلا يجوز له أن يرجع في عطائه وذلك

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص ٢٠٠.

لأنه بتقديمه العطاء يعتبر أنه تقدم بإيجاب ملزم، مقترن بميعاد محدد للقبول، وهو ذاك الذي يتطلبه إرساء المزاد والإخطار به.

- التعاقد بالمزايدة في الفقه الإسلامي:

يعرف الفقه الإسلامي التعاقد عن طريق المزايدة، وذلك تحت مسمى «بيع المزايدة» أو «بيع من يزيد». وهذا التعاقد جائز ومباح في الفقه الإسلامي وذلك ما لم تكن المزايدة صورية قد قصد بها التواطؤ على رفع الثمن[(١)]. وتتفق أحكام بيع المزايدة في الفقه الإسلامي مع حكمه في القوانين المدنية العربية[(٢)].

ثانياً: الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي

والصورة الثانية من الصور الخاصة للتراضي هي الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي. وهذه الصورة شائعة في العمل. ولذلك يجب أن نتعرف عليها وعلى طبيعتها، ثم نعرض بعد ذلك لشروطها وآثارها.

١ - التعريف بالوعد بالتعاقد وطبيعته

الوعد بالتعاقد هو الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل حينما يفصح الموعود له عن رغبته خلال الموعد المحدد اتفاقاً.

فالوعد بالتعاقد عقد يتم بتلاقي إرادتين، إيجاب من الواعد وقبول من الموعود له. وإذا كان الوعد بالتعاقد عقداً إلا أنه يعتبر عقداً تمهيدياً لأنه يمهد لإبرام عقد آخر هو العقد الموعود به. وعلى ذلك فإن الوعد بالتعاقد يقف في مرحلة متوسطة بين الإيجاب والعقد النهائي. فالإيجاب تعبير عن إرادة منفردة بالرغبة في التعاقد. أما الوعد فهو عقد يتم بإرادتين تمهيداً لإنشاء عقد مقبل حينما يعلن الموعود له عن رغبته خلال مدة معينة. وعندئذ ينشأ العقد النهائي[(٣)].

---

(١) السنهوري، مصادر الحق، جزء ٢، ص ٦٣ وما بعدها، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٤، ص ٢٠٣.

(٢) السنهوري، مصادر الحق، ص ٦٦ وما بعدها.

(٣) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٠٦ ص ٣٢٣.

وعلى ذلك فالوعد بالتعاقد وإن كان في ذاته عقداً، إلا أنه ليس هو العقد المقصود في النهاية، وإنما هو بمجرد وسيلة تستهدف الوصول إليه، أي إلى إبرام العقد الموعود به[1].

والوعد بالتعاقد قد يكون ملزماً لجانب واحد. فيعد أحد الطرفين، الواعد، الآخر بإبرام العقد دون أن يلتزم الآخر، الموعود له، بإبرامه. وقد يكون الوعد ملزماً للجانبين، فيكون كل من الطرفين واعداً وموعوداً له.

والغالب من الأمر أن يكون الوعد ملزماً لجانب واحد هو الواعد. ومثال ذلك أن تلجأ إحدى الشركات الصناعية، لضمان التوسع في أعمالها في المستقبل، إلى الحصول من ملاك الأراضي المجاورة لمصانعها على وعد ببيعها لها إذا أبدت رغبتها في الشراء في مدة معينة. ومثل ذلك أيضاً مستأجر يقوم بإصلاحات هامة في العين المؤجرة، ويحصل قبل قيامه بها على وعد من المالك ببيع العين له إذا رغب في شرائها في مدة معينة[2]. وقد يكون الوعد وعداً بالشراء مثل ذلك مستأجر يطلب من المالك إجراءة تعديلات جوهرية في العين المؤجرة، فيشترط المالك على المستأجر أن يشتري العين إذا رغب في بيعها إليه، وذلك خلال مدة معينة. ولا يقتصر الوعد بالتعاقد على عقد البيع، بل هو متصور في جميع العقود، فأي عقد قد يسبقه وعد بإبرامه[3].

لكن قد تملي الضرورات العملية أن يكون الوعد بالتعاقد ملزماً للجانبين. كأن يريد شخصان إبرام عقد معين ولكن يمنعهما عقبة قانونية من إبرامه فوراً، مثل ذلك أن يكون المال المراد بيعه قد شرط على مالكه عدم التصرف فيه خلال مدة معينة، أو أن هذا التعاقد يستلزم لإتمامه صحيحاً، إجراءات معينة، كاستخراج مستندات ضرورية أو الحصول على إذن من المحكمة الشرعية أو المحكمة الحسبية، أو صدور قرار إداري أو نحو ذلك[4].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٨٠ ص ١٧٢.

(٢) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٩٨، ص ١٢٥، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٦ ص ١٣٧.

(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٦ ص ١٣٧.

(٤) السنهوري، الوسيط، جزء ١، فقرة ٣٢ ص ٢٦٧، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٦ ص ١٣٩.

في مثل هذه الحالات وغيرها إذا أراد الطرفان أن يرتبط كل منهما الآخر قبل زوال العقبة القانونية التي تحول دون انعقاد العقد المراد إبرامه، فإن سبيلهما إلى تحقيق هذا الغرض هو إبرام وعد بالتعاقد ملزم للجانبين يعد فيه كل منهما الآخر بإبرام العقد عند زوال تلك العقبة القانونية[1].

- التمييز بين الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي:

سبق أن رأينا أن الوعد بالتعاقد، اتفاق يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، كما أن الوعد بالتعاقد يعتبر عقداً تمهيدياً أي يمهّد لإبرام عقد آخر هو العقد الموعود به. أما العقد الابتدائي فهو عقد كامل ونهائي، وأنه هو ذات العقد الذي يقصده عاقداه أولاً وأخيراً، فهو وصف لا يرد على العقد في ذات أحكامه، وإنما يرد على الهيئة أو الصورة التي تبدأ صياغته في أن تجيء عليها، لتتغير فيما بعد لتصير في شكلها النهائي[2].

«وترجع نشأة العقد الابتدائي إلى ما يتطلبه القانون في الوقت الحاضر، في شأن التصرفات في العقار، من وجوب الشهر لنقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية إلى المتصرف إليه. فالتصرف في العقار من بيع وهبة وغيرهما لا يكفي لنقل الملكية وإنما يلزم تسجيله حتى يرتب هذا الأثر. وإجراء التسجيل يتطلب بالضرورة بعض الوقت. ثم إنه يستلزم إجراءات وأوضاعاً معينة يقتضيها القانون، وهذا ما يؤدي بالمتعاقدين إلى إثبات رضائهما بالعقد وبشروطه في محرر أولي، انتظاراً إلى إعادة تحريره من جديد في عقد نهائي يتمشى مع مقتضيات التسجيل. فالعقد الابتدائي والعقد النهائي

---

(١) انظر عكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٨٠ ص ١٨٤ حيث يرى أن من يطلق عليه الوعد الثنائي أو المزدوج بالعقد ليس في الحقيقة إلا هذا العقد نفسه. وإن أرجىء قيامه إلى الموعد المحدد، أي عقد مقترن بأجل لا أقل ولا أكثر. في القانون المصري فإن المادة ١٠١ تعرف الوعد بالتعاقد بـأنـه «الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل». على العكس من ذلك تنص المادة ٤٩٣ موجبات وعقود لبناني على «أن الوعد بالبيع عقد بمقتضاه يلتزم المرء بيع شيء من شخص آخر لا يلتزم شراءه في الحال» «ومن طبيعة العقد أنه غير متبادل» وفي النص الفرنسي ورد لفظ essentiellement أي جوهر العقد وليس طبيعة العقد.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٧٩، ص ١٦٧.

في مجال البيع، مثلاً، لا يعدو أن يكونا مسميين لعقد واحد، هو عقد البيع مجرداً عن النعت والتخصيص. كل ما في الأمر أن اصطلاح «العقد الابتدائي» يعني العقد في صورته الأولية، قبل التسجيل، في حين أن اصطلاح «العقد النهائي» يعني ذات العقد، ولكن في صورته النهائية التي تتمشى مع مقتضيات إجراءات التسجيل. وإذا كان الغالب في العمل أن إعادة إبرام العقد في صورة أخرى نهائية، تجيء كمقتضى لذات طبيعته. فإنه لا يوجد ثمة ما يمنع العاقدين من أن يتفقا على إعادة إبرام عقدهما، الذي اتفقا عليه مشافهة، في محرر مكتوب، تيسيراً لإثباته. وهكذا ففكرة العقد الابتدائي ليست محصورة بالضرورة في نطاق التصرفات العقارية، وإن بقي هذا النطاق مجالها الخصب الغالب»[1].

وعلى ذلك فالعقد الابتدائي يرتب كافة الالتزامات والآثار التي من شأن العقد أن يرتبها، بغض النظر عن اتسامه بوصف «ابتدائي» أو «نهائي» وذلك باستثناء ما يعلق القانون نفسه ترتيبه من آثار على إجراء لا يتوافر فيه. فعقد البيع الابتدائي مثلاً، يرتب كل الآثار التي من شأن البيع بوجه عام أن يرتبها، فيما عدا نقل الملكية في العقار إذ إن نقل الملكية في العقار بمقتضى العقد لا يكون إلا بالتسجيل ومن تاريخ حصوله، والعقد الابتدائي هو بالضرورة عقد لا يسجل، إذ إن التسجيل لا يلحق إلا بالعقد النهائي.

وزيادة على الالتزامات التي يرتبها العقد الابتدائي، اعتباراً بأنه العقد الكامل المقصود أولاً وأخيراً، وإن جاء في صيغة أولية، فإنه يولد أيضاً التزاماً خاصاً به، مستمد من علة وجوده ذاتها، وهذا هو الالتزام الذي يثقل كلاً من طرفيه، والمتمثل في وجوب أن يسهم كل منهما بنصيبه المعلوم في إبرام العقد النهائي[2].

ولذلك فإذا لم يف أي من طرفي العقد الابتدائي بالتزامه بالمشاركة في إبرام العقد النهائي على نحو ما يفرضه عليه العقد ومجريات الحال، كان للطرف الآخر أن يقاضيه ويطلب الحكم، في مواجهته، بصحة العقد ونفاذه، شريطة ألا يكون هو بدوره مخلاً بالتزاماته التي يفرضها العقد عليه[3].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٧٩، ص ١٦٨.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٧٩، ص ١٦٨.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٧٩ ص ١٧٠، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٠٦، ص ٣٢٣.

٢ - شروط الوعد بالتعاقد

وحيث إن الوعد بالتعاقد عقد فإنه يتعين لانعقاده أن تتوافر فيه الشروط العامة السابق دراستها في وجود الرضى، وكذلك صحة الرضى بالإضافة إلى الشروط الواجب توافرها في المحل والسبب. أما فيما يتعلق بالأهلية فإنه يجب التمييز بين الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد والوعد بالتعاقد الملزم للجانبين، فبالنسبة للأول، فإنه حيث إن الوعد بالتعاقد يتضمن تعبيراً من جانب الواعد عن إرادته في إبرام العقد الموعود به، لذا يجب أن يتوافر فيه وقت الوعد الأهلية اللازمة لإبرام ذلك العقد.

أما بالنسبة للموعود له فلا يشترط فيه وقت الوعد سوى التمييز، حيث إن عقد الوعد الملزم لجانب واحد يتمحض لمصلحة الموعود له، ولم يصدر منه وقت الوعد رضاء بإبرام العقد الموعود به. أما بالنسبة للوعد الملزم للجانبين، والذي يكون فيه كل من الطرفين واعداً للآخر، وجب أن تتوافر فيهما معاً الأهلية اللازمة للعقد الموعود به.

كما أن الوعد بالتعاقد بحسب طبيعته يعتبر عقداً تمهيديًا لإبرام العقد الموعود به، أي أنه ليس مقصوداً في ذاته، وإنما هو مجرد وسيلة تستهدف الوصول إلى عقد آخر، وهو العقد الموعود به، لذلك نجد أن **هذه الطبيعة تقتضي شروطاً خاصة يجب توافرها في الوعد بالتعاقد**. وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: الاتفاق في الوعد بالتعاقد على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه وإلا وقع هذا الوعد باطلاً. فإذا كان العقد الموعود به بيعاً وجب الاتفاق في الوعد على المبيع والثمن، وإن كان إيجاراً يجب الاتفاق على العين المؤجرة والأجرة ومدة الإيجار . . . وهكذا.

الشرط الثاني: تعيين المدة التي يجب خلالها الإعلان عن الرغبة في إبرام العقد الموعود به. وقد تحدد المدة صراحة، كشهر أو سنة، وقد يكون من الممكن استخلاص مدة ضمنية من ظروف الاتفاق، كما لو كان العقد الموعود به لا يجدي تنفيذه إلا خلال فترة معينة، كالوعد مثلاً بإيجار مكان في معرض يقام بعد شهرين ويستمر لمدة معينة، فالمفروض أن تنفيذ الوعد لا يجدي إلا إذا أفصح الموعود له عن رغبته خلال مدة الشهرين.

وإن لم يتضمن الوعد على ميعاد صريح أو ضمني لإعلان الرغبة، فإن هذا الوعد يقع باطلاً ولا يترتب عليه أي أثر قانوني. في القانون اللبناني لم ينص المشرع على هذا الشرط إلا بالنسبة للوعد ببيع العقار (م ٢٢٠ من قانون الملكية العقارية).

الشرط الثالث: وجوب إفراغ الوعد في الشكل الذي يتطلبه القانون للعقد الموعود به. فإذا كان العقد هبة عقار أو رهناً رسمياً، فيجب أن يبرم الوعد بالهبة أو الرهن في الشكل الرسمي. وحكمة هذا الشرط هو قفل الباب أمام التحايل على القانون، حيث إنه يجوز، طبقاً للقواعد العامة، للموعود له عند امتناع الواعد عن تنفيذ الوعد أن يلجأ إلى القضاء ليحصل على حكم على الواعد بالتنفيذ، ويقوم الحكم مقام العقد الموعود به، وبالتالي يصل الطرفان إلى إبرام رهن رسمي دون ورقة رسمية وفقاً لما يتطلبه القانون. وبهذا يصبح الوعد بالعقد طريقاً للإفلات من الشكل الذي يستلزمه القانون.

وعلى هذا النحو، واحتراماً للاعتبارات التي من أجلها تقررت شكلية بعض العقود، نص القانون على أنه «إذا اشترط لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد» وعلى ذلك لا يكفي أن يقتصر الطرفان على وعد بالتعاقد غير رسمي ليصلا إلى حكم يقوم مقام العقد الرسمي للإفلات من الشكل الذي يتطلبه القانون[1].

على أن الوعد بالتعاقد المجرد من الشكل، وإن كان لا يؤهل لنشأة العقد الأصلي، فهو لا يتجرد ن كل أثر. فالوعد بالرهن إذا لم يكن رسمياً يرتب في ذمة الواعد التزاماً شخصياً بإنشاء الرهن. ولما كان هذا الالتزام مستحيل التنفيذ لعدم توافر الرسمية في الوعد، فإنه يجوز الحكم على الواعد بالتعويض إذا لم يقبل إبرام عقد الرهن في الشكل الرسمي المطلوب، ويخضع كذلك للجزاء المقرر في القانون بسقوط الأجل المقترن بالدين، الذي كان يراد تقرير الرهن ضماناً للوفاء به[2]. لكن القانون قد ينص صراحة على تجريد الوعد من أي أثر إذا لم يفرغ في الشكل الرسمي. من ذلك مثلاً نص المادة ٤٩٠ من التقنين المدني المصري والتي تقضي بأن «الوعد بالهبة لا

(١) نبيل سعد، التأمينات، المرجع السابق، فقرة ٥٥ ص ٧٧.

(٢) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٠٦ ص ٣٢٥، قارن إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٧، ص ١٤٢، قارن السنهوري الوسيط، جزء ١، فقرة ١٣٥، ص ٢٧٠. انظر عكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٨٣، ص ١٨٢، هامش ١.

ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية» فإذا لم يفرغ الوعد في الورقة الرسمية فهو باطل ولا يترتب عليه أي أثر.

٢ ـ آثار الوعد بالتعاقد

ولمعرفة آثار الوعد بالتعاقد يجب التفرقة بين مرحلتين: المرحلة السابقة على إبداء الموعود له رغبته في إبرام العقد الموعود به، والمرحلة التالية لإبداء الرغبة أو حلول الميعاد.

المرحلة الأولى: آثار الوعد بالتعاقد قبل إبداء الموعود له رغبته في انعقاد العقد الموعود به:

إذا ما توافرت الشروط العامة والخاصة للوعد فإنه يترتب عليه التزام الواعد بالقيام بما يلزم لإبرام العقد الموعود به مع الموعود له، إذا ما أظهر هذا الأخير رغبته في إبرامه في المدة المحددة. والجدير بالملاحظة أن الواعد بإبرامه للوعد يكون قد عبّر فعلاً عن رضاه بالعقد الموعود به، وليس هناك حاجة لأن يعبر عن رضى جديد بذلك العقد، وإنما عليه يلتزم بأن يمتنع عن القيام بأي عمل يحول دون إبرام العقد الموعود به(١).

وتطبقاً لذلك، في الوعد بالبيع مثلاً، نجد أن الواعد يلتزم بألا يتصرف إلى الغير في الشيء الذي وعد ببيعه طوال مدة الوعد، فإذا أخل بهذا الالتزام وجب عليه تعويض الموعود له. وإذا كان الوعد يلزم الطرفين بالقيام بعمل مشترك لإبرام العقد الموعود به، كما لو اتفق في عقد الوعد على أن يكون إبرام العقد الموعود به في ورقة رسمية، فيلتزم الواعد بأن يقوم من جانبه بالمساهمة في إتمام العقد بكتابة الورقة الرسمية المتفق عليها. ومثل ذلك أيضاً، في الوعد الملزم للجانبين، التزام أحد الطرفين بالعمل على إزالة العقبة التي حالت دون إبرام العقد النهائي(٢).

أما الموعود له، في هذه المرحلة، ليس مجرد دائن للواعد، بل هو يتمتع بحق

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٨، ص ١٤٣، قارن تكييف آخر مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ٧٨، ص ٩١، ٩٢.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٨ ص ١٤٣.

منشيء أو ترخيصي un droit formateur يكون للموعود له بمقتضى هذا الحق أن يعبر بمحض إرادته عن رغبته في إبرام العقد الموعود به، وبذلك يستطيع أن يتوصل إلى انعقاد ذلك العقد، وبالتالي إنشاء الالتزام الناتج عنه في ذمة الواعد[1]. هذا الحق ينتقل إلى الورثة (م ٤٩٣ موجبات وعقود لبناني).

ويتضح مما سبق أن الوعد بحسب وضعه وطبيعته يعتبر عقداً تمهيدياً يهدف إلى إبرام العقد الموعود به، وبالتالي فإنه ليس إلا مجرد وسيلة للوصول إلى هذا العقد. وعلى ذلك فإن عقد الوعد بالبيع ليس بيعاً بل هو عقد آخر مستقل ويتميز عنه تماماً. ولذلك فإنه طالما أن العقد الموعود به لم ينعقد بعد، فإن الالتزامات التي يرتبها ذلك العقد لا تنشأ في ذمة الواعد بمجرد الوعد. فلا يلتزم الواعد بالبيع بنقل ملكية الشيء المراد بيعه أو تسليمه، فهذه الالتزامات لا تترتب إلا على عقد البيع الموعود به لا على مجرد الوعد بإبرامه. ويترتب على ذلك:

١ ـ أنه في الوعد بالبيع لن تنتقل الملكية إلى الموعود له بمجرد الوعد ولو كان الشيء منقولاً، معيناً بالذات، بل تظل الملكية للواعد.

٢ ـ ذا هلك الشيء قبل أن يبدي الموعود له رغبته في شرائه، كان الهلاك على الواعد بوصف كونه هو المالك، ولن ينعقد العقد الموعود به لتخلف المحل.

٣ ـ ليس للموعود له أي حق عيني على الشيء موضوع التعاقد الموعود به، ويترتب على ذلك إذا تصرف الواعد في الشيء إلى الغير على خلاف وعده للموعود له، فلن يكون للموعود له حق تتبع، ولكن له الرجوع على الواعد بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية لإخلاله بالتزامه الناشيء عن عقد الوعد (م ٤٩٥ موجبات وعقود لبناني). كما يكون للموعود له الحق في التعويض من المتصرف إليه إذا كان سيىء النية على أساس إقدامه على التعاقد مع علمه بالوعد يعتبر خطأ تنشأ عنه مسؤوليته التقصيرية[2]. غير أن القانون اللبناني يتضمن قاعدة خاصة بالوعد ببيع العقار، فقد نصت المادة ٢٢١ من قانون الملكية العقارية على أنه يتولد عنه «حق عيني يخضع بهذه الصفة لجميع الأحكام الجارية على الحقوق العينية».

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٨، ص ١٤٤.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٨، ص ١٤٤.

على ذلك فلا ينشأ هذا الحق العيني إلا بتسجيل الوعد بالبيع في السجل العقاري بطريق القيد الاحتياطي الذي يجب أن يذكر فيهالثمن والمدة المتفق عليها واسم الموعود له وعنوانه وإلا كان القيد باطلاً. هذا الحق العيني ليس حق ملكية، وإنما يقتصر أثره على منع الواعد من التصرف في العقار بنقل ملكيته إلى الغير أو بإنشاء أي حق عيني آخر عليه، فيما عد حق التأمين hypothèque (م ٢٢٢ ملكية عقارية)، فيكون للموعود له أن يتمسك ببطلان التصرف المخالف للوعد[١].

المرحلة الثانية: آثار الوعد بالتعاقد مع إبداء الموعود له رغبته في انعقاد الموعود به:

إذا أبدى الموعود له في الوعد رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها فإنه يتحقق بذلك تلاقي الإرادتين اللازم لانعقاد العقد الموعود به، فينعقد العقد بمجرد ظهور الرغبة[٢]. على أنه يشترط لذلك، طبقاً للقواعد العامة، أن تكون إرادة الموعود له التي عبّر عنها بإبداء رغبته في التعاقد، مطابقة تمام المطابقة لإرادة الواعد التي عبّر عنها في وعده، وإلا كان إبداء الرغبة إيجاباً جديداً لا ينعقد به العقد إلا إذا صادفه قبول من الواعد[٣].

كما أن إظهار الرغبة لا يحتاج إلى شكل معيّن، وقد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً[٤]. والعقد الموعود به لا ينعقد إلا في الوقت الذي تتصل فيه رغبة الموعود له بالتعاقد بعلم الواعد ، طالما حصل ذلك في الفترة المحددة لبقاء الوعد. ووصولها إليه يعد قرينة على العلم بها إلى أن يثبت العكس ، وعلى ذلك فإذا لم يظهر هذه الرغبة أو لم تتصل بعلم الواعد قبل انقضاء هذه المدة، سقط الوعد بالتعاقد من فوره ومن تلقاء نفسه، وتبرأ ذمة الواعد نهائيّاً وذلك دون حاجة من الواعد إلى أن يتخذ إجراءً ما كتنبيه أو إنذار. في القانون اللبناني يكفي فقط إعلان الرغبة لينعقد العقد الموعود به.

موت الواعد أو الموعود له لا يؤثر في إمكانية قيام العقد الموعود به، إذا حصل

---

(١) إسماعيل غانم، المحاضرات السابقة، الإشارة إليها ص ٩٦، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص ١٥٨.

(٢) السنهوري، الوسيط، جزء ١، فقرة ١٣٩، ص ٢٧٥.

(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٨، ص ١٤٤، ١٤٥.

(٤) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٦٩، ص ٢٣٥.

الرضاء به في ميعاده، فالوعد بالعقد لا يسقط ولا يتأثر بموت الواعد أو فقد أهليته أو إفلاسه[1].

إذا انعقد العقد الموعود به بإبداء الموعود له رغبته، فإنه يجب على الواعد تنفيذه، فإذا نكل، كان للموعود له أن يقاضيه طالباً إلزامه بذلك. ويصدر حكم القاضي مقرراً انعقاد العقد من وقت إبداء الموعود له رغبته في التعاقد، وقاضياً بإلزام الواعد بتنفيذه[2].

أما إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقتضى مقام العقد[3].

في القانون اللبناني إذا كان موضوع العقد الموعود به حقاً عيناً عقارياً فإن العقد الموعود به وإن كان ينعقد بمجرد ظهور رغبة الموعود له، إلا أن آثاره العينية لا تترتب إلا بالتسجيل ، فإذا نكل الواعد عن القيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل ، كان للموعود له أن يستصدر حكماً من القضاء بإنعقاد العقد وبإجراء التسجيل جبراً (م ٢٢٦ من قانون الملكية العقارية) وفي هذا لا يختلف القانون اللبناني عن القانون المصـري.

ثالثا: التعاقد بالعربون

الأصل في التعاقد أنه، باتّ، بمعنى أنه لا يجوز لأحد طرفيه بعد تمامه أن يستقل بالتحلل منه، ولكن يسوغ في بعض الأحيان أن يتم التعاقد، على أن يكون لطرفيه أو لأحدهما أن يعدل عنه بمحض إرادته. ومن أبرز هذه الحالات، التعاقد

---

(١) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٧٠، ص ٢٣٧، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٨٤، ص ١٨٦.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٨، ص ١٤٥، ١٤٦.

(٣) انظر نص المادة ١٠٢ من التقنين المدني المصري.

بالعربون[1]. فما هو تعريفه وما هي دلالته، ثم ما هي أحكامه، هذه هي النقاط التي سنعالجها على التوالي:

١ ـ تعريف العربون ودلالته

العربون هو مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد. ويحدث ذلك كثيراً في عقد البيع وفي عقد الإيجار فيدفع المشتري للبائع جزءاً من الثمن، أو يدفع المستأجر للمؤجر جزءاً من الأجرة.

وتتنوع الغاية من العربون فقد يكون الغرض من دفعه إما حفظ الحق لكل من المتعاقدين في العدول عن العقد مقابل خسارة قدر هذا العربون أو أكثر، بحسب الظروف. وإما أن يكون القصد من دفع العربون هو تأكيد انعقاد العقد، باعتبار أن دفع العربون دليل على النية الجدية في تنفيذ العقد، وبعبارة أخرى يعتبر دفع العربون بمثابة بدء في تنفيذ العقد.

وعلى ذلك يكون للعربون إحدى دلالتين: إما دلالة العدول وإما دلالة البت. ولتحديد دلالة العربون فإنه لا مناص من الرجوع إلى قصد المتعاقدين. فإذا صرح المتعاقدان بما يقصدانه، أو أمكن استخلاص قصدَهما ضمناً من ظروف التعاقد، وجب الأخذ بما قصداه.

أما إذا لم يتبين قصد العاقدين فقد اختلفت القوانين في الدلالة الواجب الأخذ بها. فتذهب القوانين اللاتينية، بصفة عامة، على الأخذ بدلالة العدول. بينما تذهب القوانين الجرمانية إلى الأخذ بدلالة البتات.

أما القوانين العربية فقد أخذت معظمها بدلالة العدول، مثل ذلك القانون المدني المصري، والسوري، والليبي، والكويتي، بينما تذهب بعض القوانين العربية إلى الأخذ بدلالة البتات، كالقانون المدني التونسي، والمغربي، والعراقي. ولم يرد في القانون اللبناني نص في هذا الشأن، والأولى ترجيح دلالة العدول أخذاً بتقاليد القانون الفرنسي الذي يعد المصدر التاريخي لقانوني الموجبات والعقود. وهذا ما استقر عليه

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٧٥، ص ١٨٧.

الفقه والقضاء في لبنان[1].

٢ ـ أحكام العربون

وتختلف أحكام العربون باختلاف دلالته:

أ ـ ففي حالة الدلالة على الاحتفاظ بالحق في العدول، يكون العربون هو مقابل هذا الحق. وعلى ذلك فإذا استعمل أحد المتعاقدين حقه في العدول وكان هو الذي دفع العربون. فهو يفقده ويصبح حقاً لمن قبضه. أما إذا كان الطرف الذي عدل هو الذي قبض العربون، فإنه يرده ويرد مثله، أي رد ضعفه.

ولما كان العربون يعتبر مقابلاً لحق المتعاقد في العدول عن العقد، فإن المتعاقد الذي دفعه يفقده كثمن لعدوله، ولو لم يترتب على العدول أي ضرر للطرف الآخر. كما لا يستحق عن العدول إلا مبلغ العربون ولو نشأ عن ضرر أكبر. وعلى ذلك فيعتبر العدول استعمالاً لحق يستحق عنه مقابل، لا خطأ يستحق تعويضاً عن الضرر الذي قد ينتج عنه. وهذا هو الذي يفرق العربون عن الشرط الجزائي، وهو اتفاق على تقدير التعويض عن الضرر الذي يتوقع المتعاقدان حدوثه عند الإخلال بالعقد.

وإذا كان من شأن العربون أن يمنح لأي من طرفيه حق العدول عن العقد، وجب أن نتعرف على الوقت الذي يباشر فيه هذا الحق. وهنا الأمر لا يخرج عن أحد فرضين:

الفرض الأول: إذا اتفق الطرفان أو جرى العرف على تحديد مدة فإنه يجب مباشرة هذا الحق خلالها، وإلا تأكد قيام العقد، وصار إلى بتاته.

الفرض الثاني: إذا لم يحدد ميعاد لمباشرة حق العدول عن العقد اتفاقاً أو عرفاً، بقي هذا الحق قائماً للمتعاقد، وحق له أن يعدل عن العقد، إلى أن يصدر منه ما ينم عن رغبته في تأكيد قيامه، وبالتالي عن رغبته في النزول عن الحق في العدول عنه. وتلك الرغبة في المتعاقد قد تجيء منه صراحة، وقد تستخلص دلالة من ظروف الحال، وعلى الأخص من قيامه بعد دفع العربون أو قبضه، على حسب الأحوال،

---

(١) إسماعيل غانم، المحاضرات السابقة، ص ٩٨، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ١١٢، ص ١٦٢، خليل جريج، المرجع السابق، ص ١١٦.

بتنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد في ذمته[1]. ففي هذه الحالة ليس هناك ثمة ما يمنع من أن يكون لأي من الطرفين أن ينذر الآخر محدداً له مدة معقولة يتعين عليه فيها أن يعدل عن العقد إذا شاء، وإلا اعتبر متنازلاً عن حق العدول[2].

ب ـ في حالة الدلالة على تأكيد البتات في العقد، يكون دفع العربون تنفيذاً جزئياً للعقد يجب استكماله، ولا يجوز لأي من الطرفين أن يعدل. فإذا لم ينفذ أي منهما التزامه طبقت القواعد العامة فيكون للطرف الآخر طلب التنفيذ العيني أو التعويض أو الفسخ (الإلغاء طبقاً لتعبير قانون الموجبات Résolution). ويجوز في حالة الفسخ المطالبة بتعويض تكميلي (م ٢٤١/ ٢ موجبات وعقود)، وليس حتماً أن يكون هذا التعويض بقدر العربون، وإنما هو يقدر طبقاً للقواعد العامة بحسب جسامة الضرر[3].

ـ خيار العدول في القانون اللبناني:

هذه الصورة مأخوذة عن خيار الشرط في الفقه الإسلامي. ولم يرد ما يقابلها في نصوص القانون المصري، فما عدا حالة العربون. لكن ليس هناك ما يمنع من اشتراط هذا الخيار في العقد وفقاً للقواعد العامة.

تعريفه:

تناول المشرع اللبناني نفسه تعريفه في المادة ٨٤/ ٢ موجبات وعقود حيث تنص على ما يأتي: «غير أنه يحق للفريقين أو لأحدهما أن يحفظ لنفسه حق التصريح في مهلة معينة بأنه يريد البقاء على العقد أو فسخه»، وذلك بعد أن أكدت المادة ٨٤ في فقرتها الأولى على بطلان الشرط الإرادي المحض بنصها على أن «يكون الموجب باطلاً إذا جعل وجوده موقوفاً على إرادة الموجب عليه وحدها».

فخيار العدول يعطى لأحد المتعاقدين أو لكليهما الحق في أن يحتفظ لنفسه بالعدول عن العقد أو البقاء عليه خلال مدة معينة: فإذا كان حق العدول مقرراً لكل من

---

(١) عبد الفتاح عبدالباقي، المرجع السابق، فقرة ٨٨ ص ١٩١،١٩٢.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٠ ص ١٤٩.
(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٠ ص ١٤٩، شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٠٧ ص ٣٢٨.

المتعاقدين كان العقد غير لازم للجانبين، وإذا كان مقرراً لأحدهما فحسب كان العقد غير لازم لجانب واحد، لمن ورد الشرط لمصلحته، ولازماً بالنسبة إلى الطرف الآخر..

ـ مجاله:

خيار العدول قاصر فقط على العقود اللازمة بسحب أصلها، كالبيع والإيجار، حيث يجدي فيها هذا الاشتراط. أما إذا كان العقد غير لازم بحسب أصله، كعقد الوكالة والوديعة، فلا محل لاشتراط حق العدول فيه، حيث أنه في استطاعة المتعاقد إنهاؤه في أي وقت.

غير أن المشرع اللبناني لم يأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها فقد استثنى بعض العقود اللازمة، فلم يجز اشتراط حق العدول فيها، وهي الهبة وبيع السلم والاعتراف بالدين والإبراء منه (م ٨٤/ ٣ موجبات وعقود).

والعلة في تقرير هذه الاستثناءات إعتبارات معينة وجدها المشرع جديرة بالعناية. فهبة المنقول تعد عقداً عينياً في القانون اللبناني أي أن التسليم فيها ركن للانعقاد وتنفيذ كامل للعقد في نفس الوقت، فليس من المقبول إذن أن يأتي العدول بعد هذا التنفيذ. كما أن هبة العقار لا تتم إلا بقيدها في السجل العقاري (م ٥١٠ موجبات وعقود). وفي انجاز إجراءات القيد مهلة كافية للتروي أمام الواجب، فلا وجه لأن يشترط الحق في العدول بعد ذلك علاوة على أن هناك حالات يجوز فيها للواهب أن يرجع في الهبة دون حاجة إلى اشتراط الحق في العدول (م ٥٢٤ وما بعدها موجبات وعقود)[1].

كما أنه في بيع السلم، وهو عقد بمقتضاه يدفع أحد الطرفين للآخر مبلغاً معيناً من النقود مقابل التزام هذا الأخير بتسليم كمية معينة من المواد الغذائية أو غيرها من الأشياء المنقولة في الموعد المتفق عليه (م ٤٨٧ موجبات وعقود)، يتم دفع الثمن كاملاً للبائع وقت إنشاء العقد (م ٤٨٨ موجبات وعقود) ولذلك فإنه ليس من المقبول أن يكون هناك خيار للعدول بعد ذلك.

(١) عبد المنعم فرج الصدرة، المرجع السابق فقرة ١١٤، ص ١٦٣، ١٦٤.

أما بالنسبة إلى الاعتراف بالدين والإبراء منه فإنهما يردان على عقود سابقة أنشأت الدين، ولذلك ليس هناك وجه لاشتراط الخيار في العدول بعد ذلك[1].

حكمه:

مقتضى خيار العدول أن يكون للمتعاقد الذي تقرر الشرط لمصلحته الخيار بين أن يبقى العقد أو يفسخه بشرط أن يعلن ذلك خلال المهلة المتفق عليها لذلك. فإذا اختـار الإبقاء على لعقد أو انقضت المهلة دون أن يعلن خياره أصبح العقد لازماً من وقت إبرامه (م ٨٥/ ٢ موجبات وعقود). أما إذا اختار فسخ العقد اعتبر العقد كأن لم يكن، أي يزول بأثر رجعي، (م ٨٥/ ٣ موجبات وعقود).

إذا لم تحدد في العقد مهلة لاستعمال الحق في العدول بقي هذا الحق قائماً إلى وقت التنفيذ، فإذا نفذ العقد ولو جزئياً سقط هذا الحق حيث أن ذلك يفيد ضمناً نزول صاحبه الحق في العدول عن حقه. وقبل أن يتم التنفيذ يستطيع أي من الطرفين أن يطلب من الطرف الآخر إعلان قراره خلال مهلة كافية يحددها له (م ٨٥/ ١ موجبات وعقود)، فإذا انقضت المهلة ولم يصرح الطرف الآخر برغبته في فسخ العقد أصبح العقد نهائياً من تاريخ إنعقاده (م ٨٥/ ٢ موجبات وعقود).

وإعلان المتعاقد رغبته في الإبقاء على العقد أو فسخه تصرف قانوني يتم بالإرادة المنفردة. لا يتيح أثره القانوني إلا إذا وصل إلى علم المتعاقد الآخر. وهذا الإعلان لا يشترط فيه شكل خاص فقد يكون صريحاً أو ضمنياً.

وينتقل الحق في العدول إلى الورثة، فإذا مات المتعاقد الذي تقرر هذا الحق لمصلحته في خلال المهلة المحددة لاستعماله دون أن يعلن عن مشيئته كان لورثته الحق في إيفاء العقد أو فسخه في المدة التي كانت لمورثهم (م ٨٦/ ١ موجبات وعقود). وعند اختلاف الورثة فالذين يريدون البقاء على العقد لا يمكنهم اجبار الآخرين على قبوله ولكن لهم أن يتخذوا العقد كله لحسابهم الخاص (م ٨٦/ ٢ موجبات وعقود).

إذا كان المتعاقد الذي له الخيار فقد أهليته في خلال المهلة المحددة لاعلان

---

(١) محمد لبيب شنب، المصادر الإرادية، ١٩٧٠، فقرة ١٠٤.

قراره جاز للطرف الآخر أو لغيره من أصحاب المصلحة أن يطلب من المحكمة تعيين وصي خاص لاستعمار هذا الخيار وفقاً لما تقتضيه مصلحة فاقد الأهلية. أما في حالة الإفلاس فيتولى الوصاية حتماً وكيل التفليسة أو غيره من ممثلي جماعة الدائنين (م ٨٧ موجبات وعقود).

ـ التعاقد بالعربون في الفقه الإسلامي:

عرّف الفقه الإسلامي بدوره التعاقد بالعربون، ولجأ إلى تنظيمه على نحو سائغ ومقبول، وان اختلفت أحكامه باختلاف مذاهبه. الإتجاه السائد، في هذا الفقه، هو صحة التعاقد بالعربون في ذاته. لكن الخلاف قد ثار حول أثر الاتفاق على ضياع العربون على دافعه إذا ما باشر خيار الرجوع في العقد. فالمالكية أجازوا التعاقد بالعربون، إذا كان من شأنه أن يعطي للعاقد خيار الرجوع، إلا أنهم لا يقرون الاتفاق على أنه يفقد العربون، إذا ما باشر خياره هذا، وإلا وقع العقد باطلاً، وسندهم في ذلك حديث النبي عليه السلام الذي نهى عن بيع العربون، اعتباراً بأنه غرر وأكل المال بالباطل. أما الحنابلة، فهم يجيزون التعاقد بالعربون، حتى في الحالة التي يتفق فيها على ضياع العربون على صاحبه عند نكوله عن الصفقة. وسندهم في ذلك الخبر المروي عن عمر وضعف الحديث المروي في النهي عن بيع العربون، وإلى القياس على صورة متفق على صحتها. هي أنه لا بأس إذا كره المشتري السلعة أن يردها ويرد معها شيئاً. قال أحمد هذا في معناه[1].

رابعاً: النيابة في التعاقد

ـ التعريف بالنيابة وأنواعها:

الأصل أن يقوم الشخص بنفسه بإبرام ما يحتاج من عقود، لكن قد تحول الظروف دون ذلك، كبعده أو غيبته أو قلة تجربته وخبرته أو كثرة أعماله وانشغاله، فلا مناص في هذه الحالات من ضرورة قيام شخص آخر غيره بإبرام هذه العقود نيابة عنه. كما أنه قد يكون الشخص عديم الأهلية أو ناقصها، وبالتالي يحتاج إلى من يقوم

---

(١) السنهوري، مصادر الحق، جزء ٢، ص ٩٠ وما بعدها وبصفة خاصة ص ٩٣، ص ٩٥، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩١ ص ١٩٦.

بالنيابة عنه في إبرام ما يحتاج من تصرفات قانونية. ولذلك نجد أن النيابة في التعاقد قد فرضتها مقتضيات الحياة العملية لأنها تيسر قضاء مصالح الناس وحاجاتهم.

ولو نظرنا إلى جميع حالات النيابة نجد أن جوهرها يتلخص في أن نتائج تصرف النائب تقع مباشرة في ذمة الأصيل على وجه الاقتصار.

هذه الخاصية البارزة في النيابة في القوانين الحديثة لم يكن مسلماً بها عند فقهاء الرومان على إطلاقها، بل إن القاعدة في القانون الروماني كانت انتفاء الأثر المباشر وكان الاستثناء هو وقوعه في حالات معينة. ثم تطور القانون الروماني فأعطى الغير المتعاقد مع النائب دعوى قبل الأصيل بجانب دعواه قبل النائب اللهم إذا كانت النيابة قانونية (كنيابة الوصي والقيم) فقد كان للنائب في هذه الصورة دفع يدفع به دعوى الغير ضده بحيث لم يكن للغير أن يرجع إلا على الأصيل فكانت النيابة في هذه الصورة نيابة كاملة ذات أثر مباشر[١].

تعريف النيابة: وعلى ذلك فالنيابة في التعاقد هي إبرام شخص يسمى النائب عملاً قانونياً لحساب شخص آخر وباسمه يسمى الأصيل، بحيث ينتج هذا العمل القانوني آثاره مباشرة في ذمة الأصيل[٢].

أنواع النيابة: وتنقسم النيابة من حيث مصدرها، أي المصدر الذي يستمد منه النائب سلطته، إلى نيابة إرادية أو اتفاقية، ونيابة قانونية.

والنيابة الإرادية أو الاتفاقية هي التي يختار فيها الأصيل شخص النائب ويحدد نطاق سلطته وذلك من خلال العقد المبرم بينهما. والعقد الذي يؤدي إلى تحقيق هذا الغرض عادة هو عقد الوكالة. لكن قد يتحقق ذلك عن طريق عقد آخر كعقد العمل، وهذا ما نصادفه غالباً بالنسبة للباعة في المحلات التجارية والذين يستمدون سلطتهم، فيما يبرمونه من عقود بالنيابة عن صاحب العمل، من عقد العمل الذي تم به استخدامهم.

أما بالنسبة للنيابة القانونية، فنجد أن النيابة في هذه الحالة مفروضة فرضاً على

(١) انظر جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، ١٩٨٠، الهيئة المصرية العامة للكتاب، فقرة ٤ ص ١٣.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨١ ص ١٥٠.

الأصيل دون اعتداد بإرادته. ويتحدد نطاق سلطة النائب القانوني طبقاً لنصوص القانون. وفي هذه الحالة قد يحدد القانون شخص النائب بطريق مباشر، كما هو الحال في ولاية الأب على الصغير، وفي نيابة الدائن عن مدينه في استعمال حقوقه بالدعوى غير المباشرة. وقد يكتفي القانون بتحديد الشروط الواجب توافرها في النائب ويترك أمر اختياره للقاضي كما هو الحال في الوصي والقيم ووكيل التفليسة.

وبعد هذا العرض السريع لفكرة النيابة وأنواعها نتولى الآن بسط شروطها وآثارها، ثم نبيّن حكم تعاقد النائب مع نفسه[1].

١ ـ شروط النيابة:

يشترط لكي يتحقق وجود النيابة ثلاثة شروط:

أولاً: حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل. **ثانياً**: تعاقد النائب باسم الأصيل لا باسمه. **ثالثاً**: تعاقد النائب في الحدود المرسومة للنيابة.

الشرط الأول: حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل:

هذا الشرط يكشف جوهر النيابة وهو قيام شخص مقام آخر في إجراء التصرف. فالذي ينشيء التصرف هو النائب، ولذلك فإن التصرف يتم بإرادة النائب نفسه لا بإرادة الأصيل. وطالما أن النائب يبرم التصرف بإرادته بصفته نائباً وليس بصفته الشخصية، فإن معنى ذلك أن آثار هذا التصرف لا تلحق النائب ولا تمر بذمته. وإنما تنصرف مباشرة إلى ذمة الأصيل.

ويترتب على ما سبق أن النائب يتميز عن الرسول. فالرسول على عكس النائب لا دخل لإرادته في إبرام العقد وإنما يقوم بمجرد نقل إرادة أحد طرفي العقد إلى الطرف الآخر شأنه في ذلك شأن الرسالة المكتوبة. فعمل الرسول عمل مادي لأنه يقتصر على نقل إرادة المرسل ولم يعبر عن إرادته هو. ويترتب على ذلك عدة نتائج.

---

(١) ويلاحظ أن قانون الموجبات والعقود اللبناني لم يتضمن تنظيماً عاماً شاملاً للنيابة، وذلك على خلاف القانون المصري، بل اقتصر محتذياً في ذلك حذو التقنين المدني الفرنسي، على نصوص متفرقة أكثرها ورد في خصوص الوكالة، ولذلك سنستعين بهذه النصوص لاستخلاص المبادىء العامة في النيابة.

أولاً: أن في التعاقد الذي يتم بتواسطة رسول يتم العقد بإرادة المرسل لا بإرادة الرسول، وذلك على عكس التعاقد بطريق النيابة حيث إن العقد يتم بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل.

ثانياً: أن التعاقد عن طريق رسول يعتبر تعاقداً بين غائبين حتى ولو جمع الرسول والمتعاقد الآخر مجلس واحد لأن دور الرسول هو نقل الإرادة لا التعبير عن الإرادة، وذلك على عكس التعاقد بطريق النيابة فإنه يعتبر تعاقداً بين حاضرين متى جمع النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد.

ثالثاً: أن ما يقوم به الرسول هو نقل الإرادة، وهذا عمل مادي محض، وبالتالي فإن إرادة الرسول ليست محل اعتبار في التعاقد بحيث إنه يمكن أن يكون عديم الإرادة، مجنوناً أو صبياً غير مميز، ولن يمنع هذا من انعقاد العقد ما دام قد قام بنقل الإرادة التي كلف بنقلها كما هي. وعلى العكس من ذلك في التعاقد عن طريق النيابة فإن العقد ينعقد بإرادة النائب وإن كانت آثاره تنصرف إلى الأصيل، ولذلك يشترط في النائب أن يكون له إرادة يعتدّ بها القانون، أي يكفي أن يكون مميزاً ولا يلزم أن يكون كامل الأهلية.

رابعاً: في التعاقد بواسطة رسول يتم العقد بإرادة المرسل لا بإرادة الرسول، وبالتالي فإن هذه الإرادة، وليست إرادة الرسول هي التي تكون محل اعتبار عند النظر فيما يشوبها من عيوب. أما في التعاقد عن طريق النيابة، فإنه بالنسبة لعيوب الإرادة فينظر فيها، كأصل عام، إلى إرادة النائب لا إرادة الأصيل. وعلى ذلك إذا أبرم النائب العقد تحت تأثير غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، كان العقد قابلاً للإبطال، ولو لم تكن إرادة الأصيل مشوبة بأي عيب، كما أن العقد يكون قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد مع النائب إذا وقع هذا المتعاقد في غلط أو كان ضحية تدليس أو إكراه أو استغلال من جانب النائب[1].

أما بالنسبة للعلم أو الجهل ببعض الظروف الخاصة التي لها تأثير في التعاقد فإن شخص النائب، كأصل عام، لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في أثر

(١) انظر عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص ٢٣ ص ١٠٢، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٥ ص ١٥٦، ١٥٧.

العلم أو الجهل بها في التعاقد. وعلى ذلك فإذا اشترى النائب شيئاً وهو يعلم بما فيه من عيب خفي فإنه لا يجوز للأصيل أن يرفع دعوى ضمان العيوب الخفية على البائع محتجّاً بجهله بوجود العيب الخفي حيث إن العبرة في هذه الحالة بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل. وكذلك إذا تعاقد النائب مع مدين معسر وهو يعلم بحالة إعساره، فإنه يجوز للدائنين الطعن في هذا العقد بالدعوى البوليصية متى أثبتوا تواطؤ النائب ولو كان الأصيل حسن النية[1].

على أن قاعدة الاعتداد بشخص النائب وحده بالنسبة لعيوب الإرادة أو العلم أو الجهل ببعض الظروف الخاصة والتي لها أثر في التعاقد، ليست قاعدة مطلقة، وذلك راجع إلى أن مبنى هذه القاعدة أن العقد ينعقد بإرادة النائب وحده. وعلى ذلك فإذا ثبت أن النائب لم يكن له القول الفصل فيما يبرمه من عقود وإنما كان يخضع في ذلك لتعليمات محددة صدرت له من الأصيل، فإن المنطق يملي الاعتداد بإرادة الأصيل في هذه الحدود. وتطبيقاً لذلك، فإذا اشترى الوكيل شيئاً معيناً بالذات حدده له موكله، وكان الموكل يعلم بما فيه من عيب، فلا يجوز له أن يرجع على لبائع بدعوى ضمان العيوب الخفية، حتى ولو كان الوكيل حين أبرم العقد يجهل وجود هذا العيب. وكذلك لو أصدر الموكل إلى وكيله تعليمات بالتعاقد مع شخص معين بالذات الموكل يعلم أنه معسر، كان لدائني هذا الشخص الطعن في هذا العقد بالدعوى البوليصية، متى أثبتوا تواطؤ الأصيل، ولا يجدي الموكل، في هذه الحالة، أن يتمسك بحسن نية الوكيل[2].

أما فيما يتعلق بأهلية النائب والأصيل فإنه يجب التفرقة بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية. ففي النيابة الاتفاقية فإن النائب يبرم العقد بإرادته هو لا بإرادة الأصيل، ولذلك يكفي فيه التمييز، ولا يلزم أن تتوافر لديه الأهلية اللازمة للعقد الذي يتولى إبرامه، وذلك لأن العقد الذي يبرمه لا يلزم النائب وإنما يلزم الأصيل، والنتيجة

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٥، ص ١٥٧، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٧٣ ص ١٠٣.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٥ ص ١٥٧، ١٥٨، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٧٣ ص ١٠٣، ١٠٤، وانظر نص المادة ١٠٤ من التقنين المدني المصري، المقابلة لنص المادة ١٠٥ مدني سوري (مطابق)، ونص المادة ١٠٤ مدني ليبي (مطابق) ونص المادة ١١١ من القانون الأردني، ونص المادة ٥٦ من القانون الكويتي.

المنطقية لذلك أنه يلزم أن يتوافر لدى الأصيل الأهلية اللازمة للعقد الذي أبرمه النائب عنه. إذ إليه تنصرف آثاره (انظر م ٧٧٢ موجبات وعقود لبناني).

أما في النيابة القانونية فنجدها، في أغلب صورها مفروضة على الأصيل فرضاً، ولذلك لا يشترط أن تتوافر فيه أهلية ما، بل إن النيابة القانونية، في كثير من حالاتها، إنما تتقرر بالذات بسبب نقص الأهلية أو انعدامها لدى الأصيل. وغالباً ما يشترط القانون في النائب القانوني أن يكون كامل الأهلية، حيث إنه غالباً ما يقوم بتصريف أمور المشمول بالرعاية، وهو الأصيل[1]. (انظر القانون رقم ١١٩ سنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال، م ٢ بالنسبة للولي، م ٢٧ بالنسبة للوصي، م ٦٨ بالنسبة للقيم، م ٧٤ بالنسبة لوكيل النائب).

الشرط الثاني: تعاقد النائب باسم الأصيل لا باسمه

إذا كان النائب يبرم العقد بإرادته هو لا بإرادة الأصيل، إلا أنه يبرم هذا العقد باسم الأصيل ولحسابه لا باسمه هو، ولذلك فإن آثار هذا العقد تنصرف إلى الأصيل لا إلى النائب.

ويقصد بهذا الشرط أن يقوم النائب بإبرام التصرف بصفته نائباً عن الأصيل. ويتحقق هذا الشرط إذا كان لدى النائب والمتعاقد معه نية توجيه آثار العقد إلى الأصيل مباشرة. ولما كانت هذه النية أمراً نفسانياً باطنياً فإنه لا يكفي أن تتوافر هذه النية، وإنما يلزم أن يكشف عنها النائب لمن تعاقد معه. فإن لم يكشف النائب للمتعاقد معه عن هذه النية فإن آثار العقد لا تضاف مباشرة إلى ذمة الأصيل بل تضاف إلى ذمة النائب شخصياً.

وعلى ذلك فإن لم تتحقق النية المشتركة في توجيه آثار العقد إلى الأصيل. فإن آثار العقد تقتصر على عاقديه، ولو أن أحدهما يعمل في الحقيقة لحساب شخص ثالث[2] ويمكن أن نصادف ذلك في حالتين:

---

(١) انظر عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٧٥ ص ١٠٤، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٥ ص ١٦٠.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٦، ص ١٦١. وتنص المادة ٧٩٩ موجبات وعقود لبناني على أنه: «إذا عاقد الوكيل باسمه وبالأصالة عن نفسه، كانت له الحقوق الناشئة من =

الحالة الأولى: حالة الاسم المستعار «prête-nome» ويكون ذلك إذا وكل شخص آخر في أن يبرم لحسابه ولكن دون ذكر اسمه في التعاقد. فيقوم الوكيل بإبرام العقد دون أن يكشف للطرف الآخر عن صفته ويبرم العقد باسمه الخاص، فلا يكون هناك نيابة حيث لم تتوافر نية توجيه آثار العقد مباشرة إلى الموكل، ويضاف أثر العقد، في هذه الحالة إلى الوكيل ويصبح طرفاً في العقد مع المتعاقد الآخر مع ما يترتب على ذلك من آثار. لكن تبقى العلاقة الأخرى بين الموكل والوكيل والتي تجد مصدرها في عقد الوكالة (انظر م ٢٢٤ موجبات وعقود لبناني)، والتي بمقتضاها يستطيع كل منهما الرجوع عن الآخر، فيقوم الوكيل بنقل آثار العقد الذي أبرمه باسمه إلى الموكل تنفيذاً لعقد الوكالة، ويقوم الموكل بتعويض الوكيل عما أنفقه في سبيل إبرام هذا العقد وتنفيذه.

الحالة الثانية: حالة الوكالة بالعمولة، وهذه أيضاً حالة من حالات الوكالة غير النيابية ذلك لأن الوكيل بالعمولة وهو يقوم بإبرام العقود لحساب موكليه لا يتعاقد باسمهم وإنما باسمه الخاص، فتنصرف إليه هو آثار هذه العقود (انظر م ٢٧٩، ٢٨٠ من قانون التجارة اللبناني).

ومع ذلك إذا كانت القاعدة في هذا الصدد توجب أن يفصح النائب للمتعاقد معه عن صفته كنائب، إلا أن هذا الإفصاح لا يكون ضرورياً في حالتين:

الأولى: إذا كانت ظروف الحال تفترض حتماً علم المتعاقد مع النائب بوجود النيابة رغم عدم إفصاح النائب عن صفته (م ١٠٦ مدني مصري). ومثال ذلك أن يذهب شخص إلى محل تجاري ليشتري سلعة معينة، فيفترض فيه العلم بأن العامل الذي يقوم بالبيع له إنما هو نائب عن صاحب المحل.

الثانية: إذا كان يستوي عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب (م ١٠٦ مدني مصري)، فصاحب المحل التجاري الذي يتقدم له شخص للشراء يستوي عنده أن يكون هذا الشخص أصيلاً عن نفسه أو نائباً عن غيره، ولذلك تضاف آثار البيع إلى الأصيل مباشرة ولو كان صاحب المحل يجهل النيابة[1].

= العقد، ويبقى مرتبطاً مباشرة تجاه الذين عاقدهم كما لو كان العمل يهمه وحده دون الموكل وإن يكن الذين عاقدهم قد عرفوه شخصاً مستعاراً أو وسيطاً يشتغل بالعمالة (بالعمولة)».

(١) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٤٩ ص ٦٢ عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة=

الشرط الثالث: تعاقد النائب في الحدود المرسومة للنيابة:

إن النائب يستمد سلطته في إبرام التصرفات باسم الأصيل ولحسابه من الاتفاق أو من القانون. وعلى ذلك فإن النيابة مقيدة بحدود معينة حددها القانون أو عينتها إرادة الأصيل. ويلزم لاعتبار التعاقد حاصلاً بطريق النيابة، ومن ثم انصراف آثاره إلى الأصيل، أن يكون النائب أبرمه بإرادته ولكن باسم الأصيل ولحسابه وأن يكون هذا التصرف قد تم في حدود سلطة النيابة الممنوحة له. فإذا خرج النائب عن حدود نيابته فإن أي تصرف يبرمه النائب لا يلزم الأصيل، بمعنى أن العقد لا ينتج أثره بالنسبة للأصيل، ويقع غير نافذ في مواجهته ما لم يقره الأصيل.

وعلى ذلك إذا جاوز النائب حدود النيابة كما حددها القانون أو الاتفاق، كان العقد الذي يبرمه النائب غير نافذ في مواجهة الأصيل. لكن التساؤل الذي يمكن أن يثور في الذهن هو أنه إذا كان العقد غير نافذ في مواجهة الأصيل، أي لا يرتب أثراً بالنسبة له، فهل تضاف آثار هذا العقد إلى النائب؟

الإجابة على هذا التساؤل بالقطع تكون بالنفي وذلك لأن إرادة الطرفين، النائب والمتعاقد معه، لم تتجه إلى إنشاء الحقوق والالتزامات في ذمة النائب، بل إن إرادتهما قد اتجهت إلى ترتيب تلك الآثار في ذمة الأصيل نفسه، فالفرض أن النائب قد تعاقد باسم الأصيل ولحسابه على النحو السابق بيانه.

وقد يتبادر أيضاً إلى الذهن التساؤل الآخر، وهو هل العقد الذي أبرمه النائب خارج حدود نيابته يقع باطلاً أو قابلاً للإبطال؟

والإجابة على هذا التساؤل بالقطع تكون أيضاً بالنفي وذلك لأن الذي أبرمه النائب خارج حدود نيابته استجمع أركانه وشروط صحته وبالتالي يكون قد انعقد صحيحاً، ولكنه مع ذلك لا يرتب أثراً في ذمة الأصيل حيث إنه تم خارج حدود النيابة المخولة للنائب.

وقد حان الآن وقت السؤال الطبيعي وهو، ما هو مصير هذا العقد الذي أبرمه

= ٧٦، ص ١٠٦. وهذا النص لا مقابل له في القانون اللبناني وإن كان يمكن الأخذ بحكمه طبقا للقواعد العامة.

النائب خارج حدود نيابته؟ وللإجابة على هذا السؤال نقول إنه ليس أمامنا إلا أحد مخرجين :

الأول: هو أن يقـر الأصيل هذا العقد. فيترتب على هذا الإقرار أن يصبح العقد نافذاً في حق الأصيل، وبالتالي ينتج آثاره في ذمته من وقت إبرامه. والإقرار تصرف قانوني بالإرادة المنفردة يرد على العقد غير النافذ فيجعله نافذاً ومرتباً لآثاره في ذمة المقر. فالإقرار لا ينشىء عقداً جديداً بين الأصيل والمتعاقد مع النائب، بل هو يرد على عقد تم إبرامه من قبل بإرادة النائب ولكن خارج حدود نيابته.

وعلى ذلك فإن للإقرار أثراً رجعياً، أي يجعل العقد نافذاً ومرتباً لآثاره من وقت إبرامه لا من وقت الإقرار. على أن الأثر الرجعي للإقرار يقتصر على العلاقة بين الأصيل المقر والمتعاقد الآخر، ولا يتعداهما إلى أي شخص آخر يكون قد تلقى من الأصيل قبل الإقرار حقاً يؤثر فيه الأثر الرجعي للإقرار. فإذا كان الأصيل قبل الإقرار، قد رتب حقاً عينياً لدائنه على الشيء محل عقد البيع الذي أبرمه النائب متجاوزاً حدود نيابته، فإن إقرار الأصيل لهذا العقد لا يؤثر على الحق الذي تقرر لدائنه قبل الإقرار وينتقل الشيء إلى المتعاقد الآخر محملاً بهذا الحق.

وإقرار الأصيل قد يكون صريحاً أو ضمنياً (انظر ٨٠٦/ أولاً موجبات وعقود لبناني)، ويستخلص الإقرار الضمني بوجه خاص من تنفيذ الأصيل للعقد مع علمه بمجاوزة النائب فيه لحدود نيابته. وقد يستفاد الإقرار من مجرد السكوت، طبقاً للقواعد العامة، إذا كان هذا السكوت ملابساً[١].

الثاني: هو إذا لم يقر الأصيل هذا العقد، فلا يكون أمام المتعاقد مع النائب سوى الرجوع على النائب نفسه بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء اطمئنانه إلى نفاذ العقد في حق الأصيل، هذا ما لم يكن يعلم بمجاوزة النائب حدود النيابة أو كان ينبغي عليه أن يعلم بذلك[٢] (انظر م ٨٠٧ موجبات وعقود لبناني)، ورجوع المتعاقد مع النائب على لنائب يكون على أساس المسؤولية التقصيرية، حيث لا يوجد بينهما أي علاقة عقدية.

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٧، ص ١٦٦، وانظر في تطبيق ذلك م ٧٨٨ موجبات وعقود لبناني.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٧ ص ١٦٧.

هذه هي القاعدة في خصوص حكم تجاوز النائب لحدود نيابته. ومع ذلك فإن هناك حالات ينفذ فيها تصرف النائب في مواجهة الأصيل رغم انتفاء النيابة أو تجاوز النائب حدودها. وهذه الحالات يجمعها جامع مشترك وهو **فكرة النيابة الظاهرة** وحماية الغير حسن النية. ويمكن إجمال هذه الحالات فيما يلي:

الحالة الأولى: إذا كان الغير، بسبب خطأ الأصيل أو إهماله، قد اعتقد بحسن النية أن النائب كان يتصرف في حدود سلطاته كنائب، وهذه الحالة تفترض وجود مظهر خارجي من فعل الأصيل يمكن نسبته إليه جعل الغير يعتقد بحسن نية بأن النائب يتعامل في حدود نيابته ومن أمثلة ذلك:

- وجود غموض في عبارات التوكيل جعل الغير يعتقد بحسن نية بأن تصرفاً معيّناً يدخل في حدود سلطات النائب.

- أو أن يكون العقد الذي قام به النائب، متجاوزاً به حدود سلطته كما حددها الأصيل، من العقود التي تدخل عادة في سلطات من يقوم بمثل عمله ولم يكن الأصيل قد أعلن بطريقة كافية ما فرضه على سلطة نائبه من قيود خاصة تخرج عن المألوف.

- أو أن يترك الأصيل سند النيابة في يد النائب بعد انتهاء النيابة.

وفي مثل هذه الحالات ينفذ تصرف النائب في حق الأصيل رغم مجاوزته حدود النيابة، وذلك رعاية لحسن نية الغير وحماية للأوضاع الظاهرة وذلك تحقيقاً لاستقرار المعاملات. والمجال الطبيعي لهذه الحالات هو النيابة الاتفاقية بطبيعة الحال.

الحالة الثانية: إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة، ففي هذه الحالة نجد أن أثر العقد الذي يبرمه النائب ينصرف إلى الأصيل، أو خلفائه. ونفاذ العقد في حق الأصيل في هذه الحالة تقوم على أساس حماية الغير حسن النية الذي يستند حسن نيته إلى النيابة السابقة، والتي كان الظاهر يؤيد استمرارها، وذلك تحقيقاً لاستقرار المعاملات.

ويشترط لنفاذ التصرف الذي أبرمه النائب في حق الأصيل في هذه الحالة أن يجهل النائب والمتعاقد معه، وقت إبرام العقد، انقضاء النيابة. فإذا كان النائب يعلم بانتهاء النيابة فلا يجوز للغير، حتى لو كان حسن النية، أن يرجع على الأصيل بشيء.

إذ في هذه الحالة لا يمكن نسبة أي تقصير إلى الأصيل يمكن مساءلته عنه. ولا يبقى أمام المتعاقد مع النائب، ما دام حسن النية، أن يرجع على النائب نفسه ليطالبه بالتعويض لأن إقدامه على العقد مع علمه بانتهاء نيابته يعتبر منه عملاً خاطئاً يستوجب المسؤولية[1].

٢ ـ آثار النيابة

إذا تم التعاقد بطريق النيابة، وتوافرت الشروط السابق بيانها، فإن التصرف الذي يقوم به النائب يرتب آثاره مباشرة في ذمة الأصيل دون أن يمر بذمة النائب. ولذلك يجب أن نوضح آثار النيابة سواء بالنسبة للأصيل أو بالنسبة للنائب أو بالنسبة للمتعاقد مع النائب.

أ ـ آثار النيابة بالنسبة للأصيل: إن الأثر الجوهري للنيابة هو أن التصرف الذي يبرمه النائب بإرادته يرتب أثره مباشرة في ذمة الأصيل وعلى وجه الاقتصار، أي دون أن يرتب أدنى أثر في ذمة النائب.

ويترتب على ذلك أن الحقوق والالتزامات التي تترتب على العقد الذي تم إبرامه بطريق النائب تنصرف مباشرة إلى ذمة الأصيل، دون النائب، ودون حاجة إلى أي إجراء، وبالتالي يصبح الأصيل هو طرف العقد مع المتعاقد مع النائب. فالنائب ينشيء التصرف ويختفي عند ترتيب التصرف لآثاره.

وهكذا يكون للأصيل أن يطالب المتعاقد الآخر مباشرة بالحقوق التي رتبها العقد الذي أبرمه النائب. وكذلك يجوز لهذا المتعاقد الآخر أن يطالب الأصيل بحقوقه الناشئة عن هذا العقد. وعلى العكس من ذلك فليس للنائب أن يطالب المتعاقد معه بحق من الحقوق التي أنشأها العقد، كما لا يجوز للمتعاقد مع النائب أن يطالبه بشيء من ذلك (انظر م ٨٠٠، ٨٠٤ موجبات وعقود لبناني في خصوص الوكالة).

خلاصة القول أن مقتضى النيابة وجوهرها هو أن آثار العقد الذي يبرمه النائب تنصرف مباشرة إلى الأصيل، الذي يعتبر كما لو كان هو الذي أبرم العقد بذات نفسه.

(١) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٨٠ ص ١١١.

ونظراً إلى أن آثار العقد الذي أبرم بطريق النيابة تضاف إلى الأصيل مباشرة، فإن أهلية التعاقد يجب أن تتوافر في شخص الأصيل لا في شخص النائب على النحو السابق بينه. وكذلك يجب الاعتداد بشخص الأصيل لا النائب فيما يتعلق بأهلية الوجوب، أي الصلاحية لاكتساب الحق الذي يرتبه العقد (انظر م ٣٨٠ موجبات وعقود لبناني)، وفي تحديد طبيعة العقد المدنية أو التجارية.

ب ـ آثار النيابة بالنسبة للنائب: إن أهم سمات النيابة من الناحية الفنية أن العقد يتم بإرادة النائب دون أن يلزمه بشيء. فالنائب هو الذي ينشىء التصرف ولكنه يختفي تماماً عند ترتيب التصرف لآثره. فلا يصح للنائب أن يتمسك بآثار العقد الذي أبرمه بصفته الشخصية لأن العقد يعتبر قائماً بين الأصيل والمتعاقد الآخر، وليس بين هذا الأخير والنائب.

وعلى ذلك فليس للنائب ولا للمتعاقد معه سبيل للرجوع لأي منهما على الآخر وفي خصوص ما ينشئه العقد من حقوق والتزامات إلا إذا كانت نيابة شاملة لتنفيذ العقد بالإضافة إلى إبرامه، وحتى في هذه الحالة الأخيرة فإن النائب عندما يطالب المتعاقد معه بحق من الحقوق الناشئة عن العقد، يوجه هذه المطالبة باسم الأصيل لا باسمه شخصياً. وإذا ما طالب المتعاقد معه بأي حق من الحقوق الناشئة عن العقد فإنه يلجأ إلى الإجراءات القانونية في مواجهة النائب، بصفته نائباً، لا بصفته مسؤولاً شخصياً عن ذلك، إذ المسؤول عنها هو الأصيل ذاته (انظر م ٨٠٢ موجبات وعقود لبناني بصدد عقد الوكالة).

كما أنه من المنطقي أيضاً أن العقد الذي أبرمه النائب لا ينشىء على عاتقه أي التزام، وبالتالي لا يكون للغير سوى الرجوع على الأصيل. على أن النائب قد يقع منه بمناسبة إبرام العقد خطأ يترتب عليه ضرر بالمتعاقد معه، فيكون مسؤولاً، بطبيعة الحال، عن تعويضه طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

ومثال ذلك عندما يتجاوز النائب حدود نيابته ويترتب على ذلك عدم نفاذ التصرف في حق الأصيل، ودون أن يصدر منه إقرار لهذا التصرف.

جـ ـ آثار النيابة بالنسبة للغير: يتعاقد الغير مع النائب ولكنه يرتبط بالعقد مع الأصيل، ويصبح كل منهما طرفاً في هذا العقد. ويستطيع الغير أن يتعامل مع الأصيل

كما لو أنه قد أبرم العقد مع الأصيل ذاته. وبالتالي له أن يطالب الأصيل بكافة الحقوق الناشئة من العقد ودون أن يكون له الحق في الرجوع على النائب الذي تعاقد معه إلا إذا كان نائباً أيضاً عن الأصيل في تنفيذ العقد أو كان كفيلاً له. كما له الرجوع على النائب إذا صدر منه خطأ في حقه أثناء التعاقد على النحو السابق بيانه. وفي غير ذلك من الحالات لا علاقة له بالنائب وكل علاقته تكون مع الطرف الآخر في العقد الذي أبرمه مع النائب وهو الأصيل.

٣ ـ تعاقد الشخص مع نفسه

إن الصورة المألوفة في التعاقد هو وجود طرفين على الأقل في العقد. حيث إن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين. ولكن قد يحدث أن يقوم شخص واحد بإبرام العقد وهذا ما يسمى تعاقد الشخص مع نفسه contrat avec soi même وفي هذا العقد يقوم شخص بدور طرفي العقد في التعبير عن إرادتهما، وهذا ممكن من الناحية الفنية.

أ ـ صور تعاقد الشخص مع نفسه: يتمثل تعاقد الشخص مع نفسه في الواقع العملي في صورتين:

الصورة الأولى: وهي أن يتعاقد الشخص أصيلاً بنفسه ونائباً عن غيره. مثال ذلك يوكل شخص آخر في بيع شيء مملوك له فيشتريه الوكيل لنفسه.

الصورة الثانية: وهي أن يتعاقد شخص بصفته نائباً عن طريق العقد. مثال ذلك أن يوكل شخص آخر في بيع منزل فيشتريه لشخص آخر يكون قد وكله في شرائه.

ففي هاتين الصورتين نجد أن شخصاً واحداً يقوم بإبرام العقد، وذلك بالتعبير عن إرادة الطرفين وبالتالي فليس هناك اعتراض من الناحية الفنية.

ولكن ما يثور من اعتراض يتعلق بالناحية العملية، حيث إن القاعدة أن النائب يقوم بالعمل على رعاية مصالح الأصيل وبالتالي كيف يتسنى له ذلك في هاتين الصورتين؟ ففي الصورة الأولى أليس من المتصور أن يميل إلى مصلحته دون مصلحة الأصيل؟ وفي الصورة الثانية، كيف يوفق ويحمي المصالح المتعارضة للطرفين اللذين ينوب عنهما؟

ب - موقف التشريعات: وللاعتبارات العملية السابقة قد تباينت مواقف التشريعات، فمنها من أباح، كقاعدة عامة، تعاقد الشخص مع نفسه، ومنعه استثناءً كالقانون الفرنسي، والقانون السويسري والقانون الإيطالي والقانون البلجيكي واللبناني[1]. ومنها من منعه، كقاعدة عامة، وأجازه استثناءً، من ذلك القانون الألماني والمشروع الفرنسي الإيطالي، ومعظم التشريعات العربية.

وما يهمنا بيانه هو موقف التشريعات العربية، حيث إن الأصل هو منع تعاقد الشخص مع نفسه. ومع ذلك أوردت هذه التشريعات عدة استثناءات تقوم على أساس انتفاء العلة من المنع، وهي في ثلاث حالات:

الحالة الأولى: إذا وجد نص في القانون يجيز ذلك وهذا بطبيعة الحال أمر بديهي، حيث إن المشرّع وضع القاعدة يجوز له الخروج عليها عند انتفاء العلة من تقريرها. ومن ذلك مثلاً نص المادة ١٤ من قانون الولاية على المال في مصر، والتي تقضي بأن «للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، إلا إذا نص القانون على غير ذلك» وهذا النص يحصر الاستثناء في الأب فقط، وذلك لأن الأب يخاف على مصلحة ابنه أكثر من مصلحته، فتنتفي بالتالي العلة من تحريم تعاقد الشخص مع نفسه.

الحالة الاستثنائية الثانية: إذا رخص الأصيل أو من يقوم مقامه بذلك. وهذا الاستثناء أيضاً منطقي، حيث إن علة تحريم تعاقد الشخص مع نفسه هي رعاية مصلحة الأصيل، فإذا كان الأصيل قد قدر أن في تعاقد الشخص مع نفسه في خصوص مال يملكه يحقق مصالحه، فهو أقدر على تقدير ذلك. كما أن للأصيل أن يقر التصرف بعد تمامه فإن له من باب أولى أن يرخص به قبل إبرامه. والإذن يصدر من الأصيل، أو

(١) فقد نصت المادة ٣٧٨ موجبات وعقود على الحالات التي تمنع تعاقد الشخص مع نفسه. ومع ذلك يمكن القول: إنه لا يجوز تعاقد النائب كأصيل عن نفسه إلا إذا رخص له بذلك. فإذا تعاقد مع نفسه في غير حالة التصريح له بذلك يكون النائب قد تجاوز حدود نيابته ولا ينفذ العقد في حق الأصيل إلا إذا أقره. انظر إسماعيل غانم، المحاضرات السابقة الإشارة إليها ص ١١٢.
في النيابة القانونية فيتعين الرجوع إلى النصوص المنشئة للنيابة، فإن لم تفصح عن حكم تعاقد النائب مع نفسه فإن الأصل إباحة هذا التعاقد في القانون اللبناني. نفس المرجع نفس الموضع.

من يقوم مقامه في بعض الأحوال، كالمحكمة حين ترخص للوصي أن يؤجر مال القاصر لنفسه، أو حين يرخص للولي أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو في أن يقترض من مال القاصر.

الحالة الاستثنائية الثالثة: إذا قضت قواعد التجارة بإجازة تعاقد الشخص مع نفسه. ومن ذلك مثلاً جواز مباشرة الوكيل بالعمولة عقد البيع عن طرفيه معاً وفقاً لقواعد القانون التجاري.

جـ - حكم تعاقد الشخص مع نفسه في غير الحالات الاستثنائية: إذا تعاقد الشخص مع نفسه في غير هذه الحالات الاستثنائية، فإنه يكون مجاوزاً لحدود نيابته، وبالتالي يكون العقد غير نافذ في حق الأصيل. ومع ذلك يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يقر التصرف فينفذ في حقه، حيث إن الإقرار اللاحق كالتصريح السابق[1].

المطلب الثاني: صحة الرضى

تمهيد وتحديد: أهلية التعاقد وسلامة الإرادة من العيوب[2]

إذا كانت دراستنا في المطلب الأول تنصبّ على وجود الرضى كركن أساسي لقيام العقد، فإنه يلزم الآن دراسة صحة هذا الرضى، حتى يتوفر للعقد صحته واستقراره.

فيجب إذن أن يكون رضى كل من العاقدين رضى صحيحاً. ويكون الرضى صحيحاً إذا صدر عن ذي أهلية وكان خالياً من عيوب الإرادة. فإذا كان الرضى غير صحيح بأن صدر من ناقص الأهلية أو شابه عيب، من عيوب الإرادة، كغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، فإن العقد رغم انعقاده يكون قابلاً للإبطال، وعلى ذلك فإن إرادة ناقص الأهلية أو من تعيبت إرادته، يتوافر لها مقومات الوجود وترتيب الآثار

(١) تنص المادة ٣٧٨ موجبات وعقود لبناني على أن عقد الشراء يقع باطلاً إذا لم يكن بيد النائب ترخيص من القضاء. ويلاحظ على هذا النص أنه قرر البطلان كجزاء خلافاً للقواعد العامة التي تنص بعدم النفاذ. كما أنه لا حاجة لترخيص القضاء بداهة في النيابة الاتفاقية، وإنما يكون الترخيص من الأصيل. وللأصيل في جميع الأحوال أن يقر العقد بعد إبرامه فيصير نافذاً.

(٢) انظر المادة ٢٠٢ موجبات وعقود وما بها من عيوب في الصياغة، إسماعيل غانم، في المحاضرات السابقة الإشارة إليها، ص ١١٣.

القانونية، ولكنها تفقد عنصر السلامة أو الصحة. وفي هذا الصدد ستقتصر دراستنا على عيوب الإرادة تفصيلاً. أما بالنسبة للأهلية فنكتفي هنا بالتذكير بمجمل أحكامها على أن نحيل إلى الدراسات التفصيلية لها في نظرية الحق.

إن الإنسان منذ تمام ولادته حيّاً يكتسب الشخصية القانونية، وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات. ويترتب على ثبوت الشخصية القانونية تمتع الشخص بأهلية وجوب. وأهلية الوجوب هي مدى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.

أما فيما يتعلق بمباشرة الحقوق وأداء الالتزامات، فإن هذا الأمر يتوقف على قدرة الشخص في ممارسة شخصيته القانونية. وهذه القدرة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالسن. وهذه هي أهلية الأداء. فأهلية الأداء هي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية، أو بمعنى آخر صلاحية الشخص لصدور التصرفات القانونية منه على وجه يعتد به قانوناً.

وتتدرج أهلية الأداء بتدرج السن فيعتبر الشخص فاقد التمييز في سن قبل السابعة، وهو بعد السابعة وقبل إدراكه سن الرشد يعتبر مميزاً، وتكون له أهلية أداء ناقصة، وأخيراً بإدراكه سن الرشد يكون كامل التمييز، وسن الرشد يحددها القانون بسن معينة، قد تكون ١٨ سنة أو ٢١ سنة وذلك على اختلاف فيما بين القوانين.

لكن لا يكفي أن يبلغ الشخص سن الرشد حتى يكون كامل الأهلية، بل يتعين أن يكون قد بلغ هذه السن وهو متمتع بقواه العقلية ولم يحجر عليه. وذلك لأنه قد يبلغ الشخص سن الرشد ومع ذلك يعرض لإرادة عارض فينتقصها، كالسفه والغفلة، أو يعدمها كالجنون والعتة. وفي هذه الحالات يشمل القانون هؤلاء الأشخاص برعاية خاصة ويخضعهم لتنظيم معيّن.

كما قد يكون الشخص كامل الأهلية، أي أنه بالغ لسن الرشد متمتع بقواه العقلية غير محجور عليه ومع ذلك تطرأ ظروف مادية (غيبة) أو قانونية (الحكم بعقوبة جناية) أو طبيعية (عاهة مزدوجة)، تعوقه عن مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، أو تعوقه عن مباشرتها منفرداً. وفي هذه الحالات يقرر القانون تعيين شخص آخر يباشر عنه هذه التصرفات أو يقوم إلى جانبه عند مباشرتها.

ونخلص من كل ما تقدم أن الذي يعنينا بصدد دراسة صحة الرضى، حالات نقص الأهلية. لأن نقص الأهلية لا يعدم الرضى ولكن يجعله غير صحيح. وناقصو الأهلية هم، الصبي المميز، والسفيه، وذو الغفلة.

أما فيما يتعلق بانعدام الأهلية، كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه، فإن إرادة هؤلاء لا وجود لها في نظر القانون، وبالتالي فإنها لا تتعلق بصحة الإرادة وإنما تتعلق بوجودها. ولذلك فإن تصرفات هؤلاء الأشخاص تقع، كقاعدة عامة، باطلة بطلاناً مطلقاً.

أما بالنسبة لعيوب الإرادة بالمعنى الضيق، أي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، فإنها تستجيب لفلسفة عامة وهي التوازن بين حماية المتعاقد الذي تعيبت إرادته، وحماية استقرار التعامل، والتي تختلط بمصلحة المتعاقد الآخر. ولذلك يشترط فيها جميعاً أن تكون دافعة للتعاقد. بأن يثبت أن المتعاقد ما كان ليرتضي التعاقد لولا الغلط الذي وقع فيه، أو التدليس الذي خدع به، أو الرهبة التي أثارها الإكراه في نفسه، أو الاستغلال الذي نتج عنه الغبن الفاحش[١]. كما يشترط فيها أيضاً اتصال المتعاقد الآخر بالعيب الذي عيب الإرادة، وذلك حتى لا يفاجأ هذا المتعاقد بطلب إبطال العقد لسبب لا يعلم عنه شيئاً، أي لمجرد أن المتعاقد قد تعيبت إرادته بعيب دفعه إلى التعاقد.

الفرع الأول ـ الغلط L'erreur

لكي ندرس الغلط يجب أن نعرض أولاً للتعريف بالغلط وتحديد نطاقه، ثم بعد ذلك نعرض لشروط التمسك بالغلط، وأخيراً ندرس جزاء الغلط وعدم جواز التمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية.

أولاً: تعريف الغلط وتحديد نطاقه

نعرض هنا لماهية الغلط، ثم على ضوء هذا التعريف نستطيع أن نحدد نطاقه.

١ ـ ماهية الغلط: الغلط هو وهم يقوم في الذهن فيحمل على الاعتقاد بصحة

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٩١ ص ١٧٤.

أمر على خلاف الحقيقة. فهو تصور كاذب للواقع يحمل على إبرام عقد ما كان الشخص يبرمه لو أدرك الحقيقة.

ومن هنا نجد أن الغلط الذي يعنينا في دراسة صحة الرضى، هو الغلط الذي يقع فيه المتعاقد حال تكوين إرادته، فهو عيب يصيب الإرادة، فيتوهم أمراً على غير حقيقته فعندئذ تنطلق إرادته إلى إبرام العقد. فمن يشتري تحفة على أنها أثرية ثم يتبين أنها عادية، يتعاقد وقد عاب الغلط إرادته. ومن يشارك شخصاً في نشاط معين وهو يعتقد أنه خبير بهذا النشاط، ثم يظهر خطأ اعتقاده، يتعاقد وقد عاب الغلط إرادته[1].

٢ ـ تحديد نطاق الغلـط كعيب في الإرادة: إن بحثنا هنا يدور حول الغلط الذي يعيب الإرادة دون أن يعدمها وعلى ذلك فإنه يخرج عن نطاق بحثنا ما يلي:

أ ـ الغلط المانع، أي الغلط الذي يعدم الإرادة ويترتب عليه عدم وجود التراضي أصلاً، وبالتالي عدم قيام العقد. ويتحقق ذلك في ثلاث صور:

ـ **الغلط في ماهية العقد**: كأن يسلم شخص آخر شيئاً على سبيل الوديعة، يعتقد الآخر أنه وهبه إياه.

ـ **الغلط في ذاتية المحل**: كأن يبيع شخص أحد منزلين يملكهما ويعتقد المشتري أن البيع وارد على المنزل الآخر.

ولذلك قد نصت المادة ٢٠٣ موجبات وعقود لبناني على أنه «إذا وقع الغلط على ماهية العقد أو على حقيقة موضوع الموجب فهو يحول دون إنشاء العقد فيعد العقد كأنه لم يكن».

ـ **الغلط في وجود سبب الالتزام**: كما إذا اتفق الورثة مع الموصى له على إعطائه مالاً من أموال التركة تنفيذاً لوصية مورثهم، ثم يتضح أن الوصية باطلة أو أن المـورث كان قد رجع عنها قبل وفاته. وقد نصت المادة ١٩٦ موجبات وعقود لبناني على أن الموجب الذي... له سبب غير صحيح... يعد كأنه لم يكن ويؤدي إلى اعتبار العقد الذي يعود عليه غير موجود أيضاً».

وفي كل هذه الحالات نجد أن الغلط يحول دون قيام العقد لأنه يجرده من ركن

(١) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢١٩، ص ٣٤٢، ٣٤٣.

التراضي أو من ركن السبب. ففي الحالة الأولى والثانية نجد أن الغلط يمنع من انعقاد العقد لعدم تطابق الإرادتين على طبيعة العقد أو تحديد ذاتية المحل.

أما في الحالة الثالثة، فإنه قد تحقق التراضي بتوافق الإرادتين، ولكن العقد مع ذلك لا ينعقد لعدم توافر ركن السبب.

ـ **الغلط في نقل الإرادة**: كمن يرسل إلى آخر برقية يحدد فيها الثمن الذي يريد به بيع سلعه، فيقع تحريف في البرقية يعدل الثمن، فهنا لا تكون بصدد غلط يقع حال تكوين الإرادة وإنما غلط في نقلها. وفي هذه الحالة فإن العقد لا يتم لعدم تطابق الأرادتين.

ب ـ الغلط غير المؤثر:

ـ **الغلط المادي أو الغلط الحسابي**: فإن الغلط في مثل هذه الحالات لا يقع حال تكوين الإرادة وإنما يقع بعد تكوينها صحيحة، وإنما ينصب فقط في عملية الحساب، وهو غلط مادي يجب تصحيحه دون أدنى تأثير على الإرادة.

الغلط غير المؤثر في القانون اللبناني: نصت المادة ٢٠٥ موجبات وعقود على أن «لا يمس الغلط صحة العقد إذا لم يكن هو العامل الدافع إليه وخصوصاً إذا كان هذا الغلط يتناول:

١ ـ الصفات العرضية أو الثانوية للشيء أو للشخص.

٢ ـ قيمة الشيء فيما عدا حالة الغبن الفاحش (م ٢١٤).

٣ ـ مجرد البواعث التي حملت فريقاً من المتعاقدين على التعاقد.

٤ ـ أرقاماً أو حساباً، وحينئذ يكون التصحيح واجباً قانوناً، على أن العقد يبقى صالحاً.

ويلاحظ على هذا النص أنه يحدد نطاق الغلط المعيب للرضا من حيث موضوعه عن طريق تحديد أنواع الغلط التي لا تؤثر في صحة العقد، فيكون غلطاً غير مؤثر.

كما أن الغلط في ذات الشخص إذا لم يكن لشخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد يكون غلطاً غير مؤثر. أما الغلط في القيمة إذا كان ناتجاً عن غلط في صفة جوهرية للشيء فإن العقد يكون قابلاً للإبطال، لا على أساس الغلط في القيمة، وإنما

على أساس الغلط في الصفة الجوهرية. وبالنسبة للغلط الحسابي أو الغلط المادي قد يؤدي إلى غلط في صفة جوهرية في الشيء مما يجعله غلطاً مؤثراً. مثال ذلك في بيع الوارث حصته في التركة، قد يكون الغلط في مقدار هذه الحصة راجعاً إلى غلط في العملية الحسابية اللازمة لتحديد حصص الورثة. فتكون الإرادة في عقد البيع معيبة بما نتج عن الغلط في الحساب السابق من غلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع.

وعلى ذلك فإن الغلط يتحدد بالغلط الذي يعيب الإرادة وهو الغلط الذي يقع فيه العاقد حال تكوين إرادته، إذا كانت أركان العقد جميعاً قد توافرت.

ولكن يبقى التساؤل الهام وهو هل يسمح للمتعاقد الذي وقع في الغلط أن يطلب إبطال العقد أيّاً كان قدر هذا الغلط وأيّاً كان موقف الطرف الآخر من هذا الغلط؟ وهذا ما يدفعنا إلى لحديث عن شروط التمسك بالغلط. وهذه الشروط تقوم على التوفيق بين مصلحة العاقد الذي وقع في الغلط من ناحية، وبين ضرورة استقرار التعامل مع ناحية أخرى. فلنعرض الآن لهذه الشروط.

ثانيا: شروط التمسك بالغلط

ويشترط لإمكان التمسك بالغلط توافر شرطين أساسيين: **أولهما**: أن يكون الغلط جوهرياً، **وثانيهما**: اتصال المتعاقد الآخر بالغلط.

الشرط الأول: **أن يكون الغلط جوهرياً**: ويقصد به أن يكون الغلط قد بلغ حدّاً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط[1] فمعيار الغلط إذن معيار ذاتي يقتضي تحليل موقف المتعاقد الواقع في الغلط لتقدير أثر الغلط على موقفه من العقد. ولذلك نجد أن الغلط الجوهري هو الغلط الذي دفع العاقد إلى التعاقد. وهذا المعيار يقتضي البحث عن نية المتعاقد لمعرفة إلى أي مدى كان الغلط جوهرياً بالنسبة له، أي دافعاً إلى التعاقد، ولا يخفى عن أحد دقة هذا البحث وصعوبته.

ولذلك نجد أن القوانين المختلفة لجأت إلى تعزيز هذا المعيار الذاتي في الغلط

(١) انظر نص المادة ١/١٢١ من القانون المدني المصري، وما يقابلها من نصوص في التشريعات العربية، انظر نص المادة ١٢١ مدني سوري (مطابق)، نص المادة ١٢٠ مدني ليبي (مطابق)، نص المادة ١١٧ مدني عراقي (موافق)، نص المادة ٢٠٣ موجبات لبناني (موافق).

الجوهري، بضوابط موضوعية تعين على تحديده. ولذلك نجد أن هذه القوانين ذكرت بعض الحالات للغلط الجوهري لتعين القاضي في مهمته فذكرت أنه «يعتبر الغلط جوهرياً على الأخص:

«(أ) إذا وقع في صفة لشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية.

(ب) إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد»[1].

فالعبرة إذن بأن يكون الغلط جوهرياً. ويكون كذلك إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد بحيث لو فطن إليه المتعاقد منذ البداية لما قبل العقد. فليست العبرة إذن بما يرد عليه الغلط، بل العبرة بأثر هذا الغلط في توجيه الإرادة إلى التعاقد سواء كان هذا الغلط في صفة للشيء، أو في شخص المتعاقد، أو في قيمة الشيء، أو في الباعث على التعاقد. ولنلقي نظرة على كل نقطة من هذه النقاط.

١ ـ **الغلط في صفة الشيء**: يكون جوهرياً إذا كانت هذه الصفة دافعة إلى التعاقد. ويقدر القاضي هذه الصفة على ضوء ما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية. من ذلك مثلاً، أن يشتري شخص تحفة أثرية من تاجر تحف بثمن غالٍ، ثم يتبين أنها تحفة عادية، فهنا يمكن الاستدلال على كون التحفة أثرية هي صفة جوهرية دافعة إلى التعاقد، من أن المشتري اتجه إلى تاجر آثار متخصص، ودفع ثمناً مرتفعاً لها. ومن ذلك أيضاً من يشتري سيارة على أنها جديدة لم تستعمل إلا على سبيل التجربة، ثم يتبين أنها استعملت كثيراً، أو من يشتري قماشاً على أنه قابل لأن يغسل ثم يتضح أنه غير قابل لذلك.

٢ ـ **الغلط في شخص المتعاقد**: لا يكون جوهرياً إلا إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة دافعاً إلى التعاقد. مثال الغلط في شخص المتعاقد، كالغلط في شخص الموهوب له في عقد الهبة، أو في

---

(١) انظر نص المادة ٢/١٢١ مدني مصري، ١٢١ مدني سوري، ١٢١ مدني ليبي، ١١٨ مدني عراقي، ٢٠٥ لبناني.

شخص الشريك في عقد الشركة، أو في شخص العميل في عقد فتح الاعتماد في البنك[1].

وقد يكون الغلط في صفة جوهرية من صفات المتعاقد، كأن يؤجر شخص مسكناً لسيدة كان المؤجر يعتقد أن سلوكها لا غبار عليه، ثم اتضح أنها كانت منحرفة، أو يتعاقد شخص مع أحد الفنيين وهو يعتقد أنه يحمل مؤهلاً فيتضح أنه غير خبير بالعمل الذي تعهد به، كمهندس أو رسام مزعوم. أو يؤجر شخص مزرعة لرجل وسيدة كان يظنهما المؤجر زوجين ثم اتضح أنه لا تربطهما سوى علاقة غير مشروعة.

٣ ـ **الغلط في قيمة الشيء**: يكون جوهرياً إذا كان قد ترتب عليه اختلال فادح، كمن يبرم عقداً بحرياً ويكون حساب سعر النقل فيه على أساس حجم البضاعة أو وزنها طبقاً لما يختاره صاحب السفينة. فلما اختار أن يكون حساب سعر النقل على أساس حجم البضاعة تبين لصاحبها أن هذا السعر يزيد على الحساب على أساس الوزن بثمانية أضعاف. ومن ذلك أيضاً من يبيع لوحة زيتية بثمن بخس، وهو يجهل أنها لفنان كبير وقيمتها باهظة. وكذلك من يبيع سهماً بثمنه العادي جاهلاً أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة. ففي كل هذه الأحوال يجوز لمن وقع في الغلط أن يطلب إبطال العقد لهذا الغلط الفادح في القيمة.

٤ ـ **الغلط في الباعث على التعاقد**: يكون جوهرياً إذا كان هذا الباعث هو الدافع إلى التعاقد، كمن يشتري سيارة اعتقاداً منه أن سيارته قد هلكت ولم تعد تصلح ثم يظهر له وجود فنيين مهرة يستطيعون إعادتها إلى حالتها الأولى، وكذلك الموظف الذي يستأجر شقة في مدينة على اعتبار أنه نقل إليها ثم يتبين خطأ اعتقاده. ومن ذلك أيضاً من يتلقى ميراثاً فيشتري عقاراً لكي يغير من ظروف معيشته وفقاً لمركزه المالي الجديد ثم يتضح أن إرثه كان إرثاً ظاهرياً وأن الوارث الحقيقي شخص آخر، أو من يبيع عيناً وهو مريض لاعتقاده أنـه في مرض الموت ثم يشفى من هذا المرض.

على أن طلب إبطال العقد للغلط في جميع الحالات السابقة مشروط بتوافر الشرط الثاني للغلط، أي أنه لا يكفي أن يكون الغلط جوهرياً، وإنما يلزم كذلك اتصال المتعاقد الآخر بالغلط.

---

(١) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٢١، ص ٣٤٦.

الغلط الجوهري في القانون اللبناني:

تنص المادة ٢٠٤ موجبات وعقود على أن:

«يعد الرضى متعيباً فقط والعقد قابلاً للإبطال:

١ ـ إذا كان الغلط يتناول صفات الشيء الجوهرية.

٢ ـ إذا كان الغلط يتناول هوية الشخص أو صفاته الجوهرية في العقود المنظور في إنشائها إلى شخص العاقد.

٣ ـ إذا كان الغلط يتناول فاعلية سبب الموجب (كإنشاء عقد من أجل موجب سابق كان يظن أنه مدني مع أنه كان طبيعياً فقط).

ـ الغلط في صفات الشيء الجوهرية: يتم تحديد الصفات الجوهرية على أساس معيار ذاتي، أي أنها تعتبر كذلك إذا اعتد بها المتعاقد نفسه بحيث لولاها لما تعاقد وهذا هو المعيار الذي يأخذ به أغلب الفقه والقضاء في فرنسا، والذي يجب الأخذ به في القانون اللبناني. وهو المعيار ذاته في القانون المصري.

ولا يقتصر الغلط هنا على الحالة التي يكون محل الالتزام فيها إعطاء شيء، بل يشمل كذلك حالة ما إذا كان محل الالتزام عملاً يتعلق بشيء. فعقد المقاولة يكون قابلاً للإبطال إذا وقع المقاول في غلط في طبيعة الأرض التي تعهد بإقامة المنشآت عليها[1].

كما لا يشترط أن يكون الشيء مادياً. فقد يكون محل التعاقد شيئاً معنوياً، أو حقاً مالياً. فالغلط يصيب الإرادة إذا وقع في مقدار عملاء المحل التجاري. أو مقدار نصيب البائع في الشركة، أو في مدى الإصابة التي أسقط المصاب حقه في التعويض عنها.[2]

ـ الغلط في ذاتية الشخص أو صفاته الجوهرية: وفي هذا ليس هناك اختلاف بين القانون المصري والقانون اللبناني ويصدق ما سبق أن قلناه في هذا الصدد.

---

(١) إسماعيل غانم، المحاضرات، ص ١١٨، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق فقرة ١٦٦، ص ٢٢٨.

(٢) إسماعيل غانم، نفس المرجع، ص ١١٩.

- **الغلط في فاعلية سبب الالتزام**: لنفهم ذلك يجب أن نعرف بين سبب العقد وسبب الالتزام. فسبب العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد، وهو يختلف من شخص إلى آخر فيتغير في النوع الواحد من العقود (م ٣٠٠ موجبات وعقود). وقد اعتبرت المادة ٣٠٥ موجبات وعقود أن الغلط في الباعث بهذا المعنى لا يؤثر في صحة العقد.

أما سبب الالتزام فهو الدافع الذي يحمل عليه مباشرة على وجه لا يتغير وهو يعد جزءاً غير منفصل عن العقد كالموجب المقابل في العقود المتبادلة والقيام بالأداء في العقود العينية ونية التبرع في العقود المجانية. أما في العقود ذات العوض غير المتبادلة فالسبب هو الموجب الموجود من قبل مدنياً كان أو طبيعياً» (م ١٩٥ موجبات وعقود) وسبب الالتزام بهذا المعنى إذا وقع الغلط في وجوده ذاته، كأن يعتقد العاقد أن لالتزامه سبباً ولكن هذا السبب لا وجود له، وقع العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، وهذا هو الغلط المانع. أما إذا كان الغلط يتناول فاعليته فحسب، فإنه يعيب الإرادة، ويجعل العقد قابلاً للإبطال. حيث يكون السبب موجوداً، لكن ليست له الفاعلية أو القوة الملزمة التي اعتقد العاقد أنها له. ومثال ذلك أن يكون هناك التزام طبيعي، ويتعهد المدين بالوفاء به معتقداً أنه التزام مدني يجبر على تنفيذه، ثم يتبين أنه التزام طبيعي لا جبر على المدين في تنفيذه، أو كان يتعهد شخص يدفع نفقة لقريب له معتقداً أن القانون يوجب عليه نفقته، ثم يتضح أن هذا القريب ليس من الأقارب التي يجب نفقتهم[1].

الشرط الثاني: اتصال المتعاقد الآخر بالغلط: والعلة في تقرير هذا الشرط هو تحقيق استقرار التعامل. فهذا الشرط يجنب المتعاقد الآخر المفاجأة بطلب إبطال العقد لا يعلم عن سببه شيئاً، لمجرد أن المتعاقد معه قد وقع في غلط قد دفعه إلى التعاقد.

ولذلك لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في الغلط أن يطلب الإبطال إذا كان قد استقل بهذا الغلط فلم يتصل به المتعاقد الآخر. ويتحقق اتصال المتعاقد الآخر بالغلط، إذا كان قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه.

(١) عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ١٦٨، ص: ٢٢٩.

وعلى ذلك يجوز إبطال العقد للغلط الجوهري إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، كما لو كان كل من المتعاقدين يعتقد أن التحفة أثرية، ثم ظهر أنها عادية، فلو طالب المشتري بإبطال العقد فإنه ليس للمتعاقد الآخر أن يشكو من ذلك حيث إنه هو أيضاً قد وقع مثله في هذا الغلط.

وكذلك يجوز إبطال العقد للغلط الجوهري إذا كان المتعاقد الآخر على علم بهذا الغلط. وعلى ذلك فإذا طالب من وقع في الغلط بإبطال العقد، فلن يكن هناك أدنى مفاجأة للطرف الآخر، حيث إنه يعلم بهذا الغلط الجوهري، وبالتالي يعتبر سيىء النية لأنه بالرغم من ذلك لم يلفت نظر المتعاقد إلى هذا الغلط. فإبطال العقد في هذه الحالة أقل جزاء لهذا المتعاقد. ومثال ذلك أن يشتري شخص لوحة يعتقد أنها لفنان كبير ويدفع فيها ثمناً باهظاً في الوقت الذي يعلم فيه البائع بأنها ليست كذلك.

وأخيراً يجوز إبطال العقد للغلط الجوهري إذا كان من السهل على المتعاقد الآخر أن يتبينه. وفي مثل هذه الحالة إذا طالب من وقع في الغلط بإبطال العقد، فإنه ليس للطرف الآخر أن يتذمر من ذلك حيث إنه مقصر في عدم إدراك أنه يتعاقد مع شخص واقع في الغلط. ومثال ذلك أن يبيع تاجر آثار تحفة عادية لشخص يعلم أنه من هواة التحف الآثرية، فهذا التاجر يكون مقصراً إذا لم يعلم أن العميل يريد تحفة أثرية، وأن هذه الصفة جوهرية في نظره[1].

إتصال المتعاقد الآخر بالغلط في القانون اللبناني:

تنص المادة ٢٠٧ موجبات وعقود على: «أن الغلط الواقع على صفات الشيء الجوهرية لا يكون هداماً للعقد إلا إذا كان صادراً من قبل الفريقين وداخلاً في الاشتراط. أما الغلط الواقع على الشخص فيعتد به وإن كان صادراً عن فريق واحد فقط».

ظاهر هذا النص هو أن الغلط في صفة جوهرية في الشيء يجيز طلب إبطال العقد إلا إذا كان مشتركاً وقع فيه الطرفان كلاهما. لكن هذا الحل يجافي المنطق، إذ أن العقد توافق أرادتين فيكفي لتعيبه أن إحدى الإرادتين مشوبة بالغلط ولو كانت

(١) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٢١، ص ٣٤٨.

الإرادة الأخرى سليمة. كما أن هذا الحل ليس ضرورياً لاستقرار التعامل لأنه يكفي لتحقيق ذلك اشتراط أن يكون الطرف الذي لم يقع في الغلط على علم به أو من السهل عليه أن يتبينه وهذا ما يأخذ به جمهور الفقه في فرنسا. ولذلك يذهب الفقه اللبناني إلى الأخذ بهذا التفسير بالرغم من اصطدامه مع [1].

أما إذا كان غلطاً في الشخص فإن النص واضح في أنه يجوز طلب إبطال العقد ولو كان الغلط فردياً. أما الغلط في فاعلية سبب الالتزام فلم يرد له ذكر في النص، ومقتضى ذلك أنه يكفي الغلط الفردي لجواز طلب الإبطال في هذه الحالة.

ـ الغلط في القانون:

يكون العقد قابلاً للإبطال بسبب الغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع، ما لم يقض القانون بغير ذلك (م ١٢٢ مدني مصري). وتنص المادة ٢٠٦ موجبات وعقود لبناني على أن «الغلط القانوني يعتد به ويعيب الرضى كالغلط العملي».

وعلى ذلك لا يمكن إبطال العقد للغلط في القانون إلا إذا كان الغلط جوهرياً، أي دافعاً إلى التعاقد، وكان المتعاقد الآخر على اتصال به.

لكن ما هو المقصود بالغلط في القانون؟ رأينا أن الغلط في الواقع هو وهم يقوم في الذهن يصور أمراً على خلاف الواقع، كالغلط في صفة «الأثرية» في الشيء المبيع، أو في كون السيارة جديدة أو مستعملة أو في شأن السلوك الخلقي للمستأجر. أما الغلط في القانون فإنه يتمثل في تصور مخالف لحقيقة قاعدة من قواعد القانون. وهذا الغلط قد يقع أيضاً على الشيء أو على الشخص. ومثل الحالة الأولى أن يبيع الوارث نصيبه في التركة معتقداً أنه في الربع في حين أن نصيبه طبقاً لقواعد الميراث هو النصف. ومثل الحالة الثانية أن يهب رجل لسيدة وهو يعتقد أنه قد تزوجها بعقد زواج صحيح ويكون الزواج باطلاً قانوناً.

---

(١) خليل جريج، المرجع السابق، جـ٢، ص١٠٦، ١٠٧، جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، جـ١، فقرة ٤٩، إسماعيل غانم، المحاضرات، ص ١٢٤ وهو يرى أنه يمكن التوصل إلى إبطال العقد في حالة الغلط الفردي الذي علم به المتعاقد الآخر لا على أساس الغلط وحده وإنما على أساس التدليس، ص ١٢٥، عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، فقرة ١٧٢، ص ٢٣٤.

وقد يتبادر إلى الذهن أن التمسك بإبطال العقد للغلط في القانون يتعارض مع مبدأ افتراض العلم بالقانون، حيث لا يعذر أحد بجهله. في الحقيقة أنه لا يوجد تعارض حتمي بين مبدأ افتراض العلم بالقانون وبين التمسك بإبطال العقد للغلط في القانون. ذلك أن المقصود بمبدأ افتراض العلم بالقانون هو أن أحداً لا يستطيع أن يحتج بجهله لقاعدة قانونية معينة لكي يستبعد تطبيقها عليه ما دامت قد توافرت شروط تطبيقها. بينما التمسك بإبطال العقد للغلط في القانون لا يؤدي حتماً إلى استبعاد تطبيق القاعدة القانونية التي وقع الغلط فيها، بل بالعكس يؤدي غالباً إلى المطالبة بالتطبيق الصحيح لهذه القاعدة. فمن يطلب إبطال العقد لبيع حصته في الميراث وهو معتقد أنها الربع وهي طبقاً لقواعد الميراث النصف إنما يطالب بالتطبيق الصحيح لقواعد الميراث. وكذلك من يتمسك بإبطال عقد الهبة لسيدة يعتقد أن زواجه بها صحيح فإنه لا يفعل أكثر من المطالبة بالتطبيق الصحيح لقواعد انعقاد الزواج والذي ترتب عليها إبطال عقد زواجه، وما ترتب على ذلك من إبطال عقد الهبة للغلط.

وعلى ذلك فإنه في كل مرة يؤدي فيها التمسك بإبطال العقد للغلط في القانون إلى استبعاد تطبيق القاعدة القانونية التي وقع الغلط فيها، فلا يعتد بهذا الغلط ويبقى العقد صحيحاً لا يجوز إبطاله ولو كان الغلط دافعاً للتعاقد، وتطبيقاً لذلك فإنه لا يجوز للمقترض الذي أقرض بفائدة، في التشريعات التي تجيز ذلك، تزيد على الحد الأقصى للفائدة، أن يحتج بجهله بقاعدة الحد الأقصى وبأن جزاءها هو إنقاص الفائدة المتفق عليها، لكي يطلب إبطال العقد فيسترد ما أقرضه ويتفادى بذلك إنقاص الفائدة إلى الحد الجائز قانوناً. وكذلك لا يجوز للمؤجر الذي يؤجر مسكنه بأجرة تزيد على الحد الأقصى الذي قرره القانون، أن يحتج بجهله بالقاعدة التي تحدد الحد الأقصى للأجرة وبأن جزاءها هو إنقاص الأجرة المتفق عليها لكي يطلب إبطال العقد ويسترد العين المؤجرة ويطرد المستأجر منها وبذلك يتفادى إنقاص الأجرة[1].

وكذلك فإنه في بعض الأحوال قد يقضي القانون على عدم الاعتداد بالغلط في القانون، كما هو الحال في عقد الصلح. ويبرر هذا الاستثناء بأن مبنى عقد الصلح أساساً هو حسم النزاع بين الطرفين دون التقيد بتطبيق القانون تطبيقاً دقيقاً. ولذلك فإنه

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٢ ص ٢٠٥، عبدالمنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٩١ ص ٢٦٤.

يتعذر تبين ما إذا كانت الشروط المتفق عليها في عقد الصلح مبنية على غلط أحد العاقدين فيما هو مقرر له من حقوق قانوناً، أم مبناها هو الرغبة في حسم النزاع دون التقيد بأحكام القانون[1].

ثالثا: جزاء الغلط

إن الأثر المترتب على الغلط المعيب للرضى هو جعل العقد قابلاً للإبطال، ويقع عبء إثباته على طالب الإبطال، كما لا يجوز له التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية. ولنـر ذلـك تفصيلاً فيما يلي:

١ ـ **قابلية العقد للإبطال**: إن جزاء الغلط المعيب للإرادة هو جعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة العاقد الذي وقع في الغلط. فالإرادة المعيبة تتوافر لها مقومات الوجود وترتب الآثار القانونية لكنها تجعل العقد غير مستقر، أي يجوز لمن تعيبت إرادته نتيجة الغلط أن يطالب بإبطال العقد، فإذا ما أجيب إلى طلبه فإن العقد يزول بأثر رجعي، كما سوف نرى فيما بعد.

٢ ـ **عبء الإثبات**: على طالب الإبطال عبء إثبات الغلط الذي وقع فيه طبقاً للمادة ٢١٩ موجباتً وعقود التي تنص على أن «البينة على من يدعى وجود العيب، وسلامة الرضى مقدرة...». وأن يثبت أنه كان غلطاً جوهرياً لولاه لما أبرم العقد، وأن العاقد الآخر قد وقع مثله في الغلط أو كان يعلم أو في استطاعته أن يعلم بأهمية الاعتبار الذي وقع الغلط فيه.

ويجوز إثبات الغلط بكافة طرق الإثبات بما فيها القرائن. مثال ذلك الاستدلال من ارتفاع الثمن الذي دفعه مشتري اللوحة الفنية، على أنه كان يريد شراء اللوحة الأصلية لا مجرد صورة منها، وعلى أن البائع كان يعلم بهذا الاعتبار الدافع للتعاقد.

٣ ـ **لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية**: إذا كان القانون أعطى لمن وقع في غلط أن يطلب إبطال العقد، إلا أنه ليس له أن يتمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية، وما ينبغي أن يتوافر في التعامل من نزاهة.

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٢، ص ٢٠٦.

وعلى ذلك يبقى المتعاقد الذي وقع في الغلط ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد. والحكمة من ذلك واضحة حيث إن مصلحة العاقد في إبطال العقد تكون قد انتفت طالما أنه سيحصل على ما كان يبغي من تعاقده. فمن يشتري صورة للوحة فنية متوهماً بأنها هي اللوحة الأصلية لا تكون له مصلحة في الإبطال إذا عرض البائع أن يعطيه اللوحة الأصلية التي قصد شراءها، فإذا تشبث مع ذلك بحقه في طلب الإبطال كان متعسفاً في استعمال حقه، فلا يجاب إلى طلبه ويبقى العقد صحيحاً[1]. هذا النص ليس له مقابل في القانون اللبناني ولكنه تطبيق للقواعد العامة وبالتالي يمكن الأخذ به في القانون اللبناني.

خاتمة: الغلط في الفقه الإسلامي:

لم يتناول فقهاء المسلمين الغلط، باعتباره عيباً يشوب الرضاء، في مؤلفاتهم، ولم يولّوه من العناية ما ولوه للتدليس والإكراه، اللذين أحاطوهما، وعلى الأخص أحدهما، ببالغ الرعاية والاهتمام[2].

والحق أن الغلط، باعتباره أمراً نفسياً تلقائياً، يقوم على توهم يخالف الحقيقة، ويتولد ذاتيّاً لدى صاحبه بطريقة عفوية تلقائية، لا يتمشى مع ما يسود شريعتنا الإسلامية من نزعة موضوعية مادية[3]. ولذلك نجد بعض الفقهاء عالج الغلط تحت عنوان عيوب العقد، وقد حاول جاهداً أن يبسط أحكام الغلط في الفقه الإسلامي ليبلور هذه الأحكام بما يقابل نظيرها في القوانين الوضعية[4]. وفي نهاية هذا العرض انتهى هؤلاء الفقهاء إلى أن الغلط في العقود في نظر رجال القانون أوسع دائرة منه في نظر الفقهاء[5].

وقد حاول أيضاً بعض فقهاء القانون من أن يجد لنظرية الغلط، على نحو ما

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٣، ص ٢٠٧.
(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٥٧، ص ٣٢٥.
(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٥٧، ص ٣٢٥.
(٤) انظر الشيخ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٥٦٢ إلى ص ٥٦٥.
(٥) الشيخ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٥٦٥.

يقول به القانون المعاصر، صدى أميناً في الفقه الإسلامي[1]. بينما يذهب بعض فقهاء القانون إلى أن فكرة الغلط غريبة عن الفقه الإسلامي ولا تتسق مع النزعة المادية الموضوعية التي تسوده[2]. ونحن نرى أنه لا بأس من محاولة فقهاء الشريعة والقانون في التقريب بين أحكام الغلط. كما أنه ليس هناك ما يمنع من استكمال بناء نظرية الغلط في الفقه الإسلامي بما يتفق مع ما انتهى إليه الفقه القانوني طالما أن ذلك يحقق مصالح العباد ولا يتعارض مع نصوص قطعية الدلالة والثبوت.

الفرع الثاني: التدليس (الخداع) Le Dol

التدليس يعتبر عيباً يشوب الرضى، ولذا يجب أن نعرض لدراسته في ثلاث نقاط على التوالي: **أولاً**: ماهية التدليس وتحديد طبيعته، **ثانياً**: شروط التمسك بالتدليس، **ثالثاً**: جزاء التدليس. ومما تجدر ملاحظته أن أحكام التدليس في القانون اللبناني هي الأحكام ذاتها في القانون المصري. وقد أورد القانون المصري هذه الأحكام في المادتين ١٢٥، ١٢٦ مدني وأوردها القانون اللبناني في المادتين ٢٠٨ و ٢٠٩ موجبات وعقود.

أولاً: ماهية التدليس وتحديد طبيعته

والتدليس هو الالتجاء إلى الحيلة والغش بقصد إيهام المتعاقد بغير الحقيقة لحمله على التعاقد (م ٢٠٨ موجبات وعقود لبناني). فقوام التدليس التضليل والتمويه والخداع. وهو بهذه المثابة يعيب الإرادة، إذ إنه يدفع على تعاقد ما كان الشخص يقبله لو كان مدركاً للحقيقة.

فالتدليس له صلة وثيقة بالغلط، حيث إن التدليس يؤدي إلى تضليل المتعاقد الذي يقع ضحيته، فهو يجعله يعتقد أمراً يخالف الحقيقة، أي يؤدي إلى إيقاعه في الغلط. فالغلط يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه دون أن يتعمد أحد إيقاعه فيه، أما التدليس فإن المتعاقد يقع في غلط مدبر من جانب المدلس ليدفعه إلى التعاقد. ولذلك فإن التدليس على هذا النحو اعتبر عيباً من عيوب الإرادة.

---

(١) السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، جزء ٢، ص ١١١ وما بعدها.
(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٥٩ ص ٣٣١.

ورغم هذه الصلة الوثيقة بين التدليس والغلط إلا أن التدليس يتميز عن الغلط من ثلاث نواحٍ:

من ناحية نجد أن الغلط يختلف عن التدليس من حيث المصدر، فنجد أن مصدر الغلط هو المتعاقد ذاته حيث إنه توهم أمراً على غير حقيقته. بينما نجد أن مصدر التدليس هو المتعاقد الآخر أو الغير حيث يلجأ المدلس إلى الحيلة والخديعة للإيقاع بضحيته فيه، وجرّه إلى التعاقد.

ومن ناحية ثانية، نجد أن التدليس يختلف عن الغلط من حيث إن التدليس لا يعتبر عيباً للإرادة فحسب وإنما يعتبر أيضاً عملاً غير مشروع، وذلك لما يلجأ إليه المدلس من حيل تدليسية بقصد التضليل والخديعة للمدلس عليه حتى يدفعه إلى التعاقد. أما الغلط فلا يعدو أن يكون غلطاً تلقائيّاً أو بسيطاً يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه لتوهمه أمراً على غير حقيقته، ولذلك فهو لا يكون ضارّاً إلا بصاحبه، وبالتالي ليس له من أثر إلا تعيب إرادته.

ومن ناحية ثالثة، نجد أن التدليس يختلف عن الغلط من حيث الجزاء. فحيث إن الغلط لا يعدو أن يكون عيباً في الإرادة فلذلك فإن العقد يكون قابلاً للإبطال. أما التدليس فإنه علاوة على كونه عيباً في الإرادة فإنه يعتبر كذلك عملاً غير مشروع، ولهذا فإن الجزاء يتناسب مع طبيعته، فيكون العقد قابلاً للإبطال، بالإضافة إلى تعويض المدلس عليه عمّا أصابه من ضرر نتيجة الحيل التدليسية. وهذا التعويض يعتبر جزاءً للتدليس باعتباره عملاً غير مشروع.

والآن نعرض لشروط التمسك بالتدليس.

ثانيا: شروط التمسك بالتدليس

لكي يمكن التمسك بالتدليس باعتباره عيباً في الرضى، يجب أن يتوافر ثلاثة شروط:

١ ـ استعمال طرق احتيالية. ٢ ـ التدليس الدافع إلى التعاقد. ٣ ـ صدور التدليس من المتعاقد الآخر أو علمه به أو إمكان العلم به.

الشرط الأول: استعمال طرق احتيالية: يجب لتوافر التدليس أن تستخدم طرق

احتيالية، وأن يكون استخدامها بنية التضليل أو الخديعة للوصول إلى غرض غير مشروع. ومن ذلك يتضح أنه لكي يتحقق هذا الشرط يجب أن يتوافر عنصران: عنصر مادي، وعنصر معنوي.

١ ـ **العنصر المادي**: وهو الحيل التي يلجأ إليها المدلس لإخفاء الحقيقة، بحيث يكون هذا كافياً لإيهام المدلس عليه وحمله على التعاقد. ومن أمثلة ذلك ظهور شخص بمظهر الثراء على خلاف الحقيقة، أو اصطناعه مستندات أو محررات مزورة، أو تقديم عقود إيجار كاذبة، أو تقديم كشوف حسابات مزورة من البنوك. وكما هو واضح من هذه الأمثلة أن الحيل التدليسية تتجسد في مظاهر خارجية. لكن هل يمكن أن يتم التدليس في صور أخرى لا تتجسم فيها الحيل في مظاهر مادية خارجية؟ وبعبارة أخرى هل يكفي مجرد الكذب، أو مجرد الكتمان لتكوين الحيل التدليسية؟

الأصل أن مجرد الكذب لا ينهض وحده لتوافر التدليس، ما دام أنه من نوع الكذب المألوف في التعامل، كأن يبالغ التاجر في مدح بضاعته إلى حد الكذب بقصد الترويج لها، وذلك لأن قدراً أدنى من حسن التبصر كفيل بحماية المتعاقد الآخر من الانقياد لمثل هذه المبالغات المألوفة.

ولكن إذا انصبّ الكذب على واقعة معينة ذات اعتبار في التعاقد، فإنه يعتبر تدليس بمعنى أن الكذب في بيانات محددة مع العلم بما يعلقه عليها المتعاقد الآخر من أهمية يعد تدليساً. ويكون ذلك حينما يكون الشخص ملتزماً بالإدلاء ببينات ذات أهمية خاصة في التعاقد، فيكذب في الإدلاء بها مما يؤدي إلى تضليل المتعاقد ودفعه إلى التعاقد. ومثال ذلك من يعطي بيانات غير صحيحة عن مدى كفايته ومقدرته وخدماته السابقة بغية الحصول على العمل، فيحمل رب العمل على قبوله لديه، فهنا يعتبر الكذب تدليساً. أو من يدلي بمعلومات كاذبة لشركة التأمين عن سنه وصحته ليحصل على عقد تأمين على حياته بشروط سخية[١].

وكذلك الحال في مجرد الكتمان أو السكوت، فإن الأصل هو عدم اعتبارها تدليساً. وذلك راجع إلى أن الأصل أنه ليس على المتعاقد أن يدلي لمن يتعاقد معه بكل ما يتعلق بالتعاقد، وأن على كل من الطرفين أن يتحرى بنفسه المعلومات

(١) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٢٤ ص ٣٥٠.

اللازمة، وليس له أن يتوقع من الطرف الآخر أن يكشف له عمّا في الصفقة من نقائص بالنسبة إليه[1]. لكنَّ هناك أحوالاً يعتبر فيها مجرد الصمت أو الكتمان تدليساً وهي الأحوال التي يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان بحسب المألوف في التعامل. وقد يكون مصدر الإلزام بالإفضاء نصاً في القانون، كما هو الحال في عقد التأمين، حيث يجب على المؤمن له أن يقدم للمؤمن جميع البيانات اللازمة لتقدير الخطر المؤمن منه (انظر مادة ٧٥٢/٢/أ مدني مصري م ٩٧٤ موجبات وعقود لبناني). وقد يستخلص القاضي واجب الإفضاء من ظروف التعاقد مثل ما يتمتع به العاقد من تخصص فني أو سمعة عالية في مهنته يركن إليها العاقد الآخر، أو الثقة العالية بين الطرفين كما هو الحال في عقد الشركة وعقد الوكالة، أو ما قد يوجد بين الطرفين من صلة خاصة توحي بهذه الثقة، أو أنه لا يوجد طريق آخر يعلم منه المتعاقد بالأمر الذي كتم عنه، ففي مثل هذه الأحوال، لكل من المتعاقدين أن يتوقع من الآخر أن يصارحه بما يعلم من أمور مؤثرة في التعاقد، ومن حقه أن يفترض أن ما لم يكشف عنه له لم يتحقق. فإذا علم أحد العاقدين، في هذه الظروف بأمر له خطره في التعاقد وأدرك أن العاقد الآخر يجهله وأنه ما كان ليبرم العقد لو علم به فكتمه عنه، فإن هذا الكتمان يكون تدليساً، إذ إن غلط المتعاقد الآخر يكون ناتجاً عن هذا الكتمان[2] ومثال ذلك أن يقبل شخص على شراء منزل، تكتم عنه البائع أن الحكومة بسبيل نزع ملكية هذا المنزل للمنفعة العامة. فإن سكوت البائع هنا يعد تدليساً، ويجيز للمشتري المطالبة بإبطال العقد . وقد تأكد ذلك بالنص عليه صراحة في نص المـادة ٢/١٢٥ من القانون المدني المصري، حيث إنها تنص على أنه «يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة»[3].

٢ ـ العنصر المعنوي: نية التضليل والخديعة بقصد إدراك غاية غير مشروعة. لكي

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص ٢١٢.

(٢) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، جزء ١، فقرة ١٨١، ص ٣٤٧ وما بعدها، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٥، ص ٢١٢ وما بعدها.

(٣) ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى، نص المادة ١٢٦ سوري (مطابق)، نص المادة ١٢٥ ليبي (مطابق). نص المادة ١٢١، ١٢٣، عراقي (موافق)، ونص المادة ٢٠٨ لبناني (موافق).

يتوافر التدليس فإنه يجب أن يكون استخدام الحيل التدليسية بنية التضليل والخديعة بقصد إدراك غاية غير مشروعة.

وعلى ذلك فإذا انخدع المتعاقد من تلقاء نفسه دون أن يتعمد الآخر خداعه، فلا يوجد تدليس. فلا يعتبر تدليساً انخداع أحد العاقدين بمظهر الثراء الذي يبدو على العاقد الآخر مثلاً دون أن يتعمد هذا خداعه، وكذلك التاجر الذي يمتدح بضاعته لا يقصد تضليل المتعاقد بقدر ما يقصد الترويج لبضاعته.

وإذا توافرت نية الخديعة والتضليل فيجب أن تتجه النية إلى إدراك غاية غير مشروعة، أي حمل المتعاقد على إبرام عقد ضار بمصلحته. فإذا كانت الغاية مشروعة، فلا يكون هناك تدليس. مثل أن يستخدم شخص بعض الحيل لحمل المودع عنده على الاعتراف بوديعة ينكرها، أو الإقرار بدين لا يعترف به[1].

الشرط الثاني: التدليس الدافع إلى التعاقد: وهذا الشرط ليس إلا تطبيقاً للمبدأ العام في عيوب الرضى كما تقدم. وعلى ذلك لا يجوز إبطال العقد للتدليس إلا إذا كانت الحيل التدليسية التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد (م ١٢٥/ ١ مدني مصري، م ٢٠٨/ ١ موجبات وعقود لبناني). وهذا هو معيار التدليس الدافع إلى التعاقد.

وواضح من ذلك أن المعيار هنا شخصي، بمعنى أن تقدير ما إذا كان التدليس دافعاً للمتعاقد أو غير دافع، ينظر فيه إلى شخص المتعاقد المدلس عليه ذاته، فتراعى درجة ثقافته وذكائه وخبرته وسنه. فمن يقصد التدليس إنما يبحث عن الوسيلة التي تتناسب مع ضحيته.

ويميز بعض الفقهاء[2] في مصر وكذلك المادة ٢٠٨ موجبات وعقود لبناني، بين التدليس الدافع والتدليس غير الدافع أو العارض. والتدليس الدافع في نظرهم هو الذي يحمل الشخص على التعاقد، بحيث إنه لو كان على علم بالحقيقة لما قبل التعاقد أصلاً. أما التدليس غير الدافع، فهو الذي يقتصر أثره على حمل المتعاقد على ارتضاء

---

(١) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٢٤ ص ٣٥١.

(٢) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٣١، ص ٦٥، عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، فقرة ١٧٠، عبد الحي حجازي، المصادر الإرادية، فقرة ٤٥٧.

التعاقد بشروط أشد وطأة. ومثله أن يقدم بائع العقار إلى المشتري عقود إيجار مصطنعة كي يوهمه أن ريع العقار مرتفع فيترتب على ذلك أن يدفع المشتري ثمناً أعلى مما كان يدفعه لو علم بحقيقة الأمر. أو أن يقدم بائع المحل التجاري إلى المشتري مستندات مزورة عن أرباح وهمية يحققها المحل، مما يدفع المشتري إلى دفع ثمن ما كان يدفعه لو أدرك الحقيقة[١].

والواضح من الأمثلة المتقدمة أن المتعاقد المشتري، كان سيبرم العقد على أي حال حتى ولو لم يقع عليه أي تدليس، ولكنه كان لا يرتضي العقد إلا بشروط أقل وطأة من تلك التي ارتضاها تحت تأثير التدليس.

والنتيجة المترتبة على هذه التفرقة هو أن التدليس غير الدافع لا يعيب الإرادة، وبالتالي لا يكون سبباً لإبطال العقد، بل يقتصر الأمر فيه على تعويض يقبضه المدلس عليه، وغالباً ما يكون هذا التعويض هو استرداد الفرق في زيادة الثمن الذي دفعه المشتري في الأمثلة السابقة تحت تأثير التدليس[٢].

وينتقد فريق آخر من الفقهاء هذه التفرقة على أساس أنها تقوم على فصل مصطنع بين إرادة المتعاقد في ذاتها وبين الشروط التي تحركت الإرادة في دائرتها[٣]. فإرادة المتعاقد ليست إرادة مجردة، ليست إرادة إبرام عقد أياً كان، بل هي إرادة إبرام عقد معين بشروط معينة[٤].

الشرط الثالث: اتصال المتعاقد الآخر بالتدليس: سبق أن رأينا أن المبدأ الذي يسيطر على تنظيم عيوب الإرادة هو التوفيق بين مصلحة العاقد الذي تعيبت إرادته، ويريد أن يتمسك بإبطال العقد ليتحلل منه، وبين ضرورة استقرار التعامل، والتي تختلط بمصلحة العاقد الآخر في الإبقاء على العقد.

ومن هذا المنطلق نجد أن المشرّع يشترط أن يكون التدليس صادراً من أحد

(١) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٢٤ ص ٣٥٢.
(٢) حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، فقرة ١٧٣ ص ١٦٢.
(٣) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، جزء ١ فقرة ١٨٢ ص ٣٥١، ٣٥٢.
(٤) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٧، ص ٣١٥، توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٠٧، عبد المنعم البدراوي المرجع السابق فقرة ١٩٨ ص ٣٧٣ عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق، فقرة ١٦٧، ص ٣٤٦.

المتعاقدين أو نائب عنه لحمل الآخر على التعاقد. وحيث إن التدليس يعيب الرضى بالنظر إلى الغلط الناتج عنه، لذلك يتعين الإعتداد بالتدليس سواء صدر من المتعاقد الآخر أو نائب عنه أو صدر عن الغير، لأنه في الحالتين يعيب رضى المتعاقد المخدوع، لكن الاعتداد بالتدليس، على هذا النحو، وفي جميع الأحوال، يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات.

ولذلك في حالة صدور التدليس من الغير، نجد أن القوانين العربية لم تجعل هذا التدليس سبباً لإبطال العقد في جميع الأحوال، بل اشترطت مراعاة لاستقرار التعامل وحتى لا يفاجأ العاقد الآخر بإبطال العقد، أن يكون العاقد الآخر عالماً وقت إبرام العقد، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس الصادر من الغير. فإذا لم يتحقق هذا الشرط، فليس للمتعاقد المخدوع سوى الرجوع بالتعويض على لغير الذي صدر منه التدليس طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية، حيث إن التدليس يعتبر عملاً غير مشروع. (انظر م ١٢٦ مدني مصري، م ٢٠٩ موجبات وعقود لبناني).

ثالثا: جزاء التدليس

إن الأثر المترتب على التدليس هو جعل العقد قابلاً للإبطال باعتباره عيباً في الرضى، وكذلك إعطاء الحق للمطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى، وذلك باعتباره عملاً غير مشروع. كما أنه يقع على عاتق العاقد المدلس عليه عبء الإثبات، كما أن لا يجوز له أن يتمسك بالتدليس على وجه يتعارض منه مع حسن النية، ولنر ذلك تفصيلاً في النقاط التالية:

١ ـ قابلية العقد للإبطال والتعويض إن كان له محل : إذا توافرت شروط التمسك بالتدليس فإن ذلك يعطي للعاقد المدلس عليه الحق في أن يطالب بإبطال العقد والتعويض إن كان له مقتضى، أو يقتصر فقط على طلب التعويض مع الإبقاء على العقد وذلك حسب ما يراه محققاً لمصلحته، حيث إن الإبطال مقرر لمصلحته. وازدواجية الجزاء ترجع إلى طبيعة التدليس فهو من ناحية يعيب الإرادة نتيجة للغلط الناتج عنه، ومن ناحية أخرى فإنه يعتبر عملاً غير مشروع ممن وقع منه، وهو على هذا الوجه يخول للمتعاقد المدلس عليه الحق في المطالبة بتعويض الضرر الناجم له عنه طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية وذلك إذا لم يكن إبطال العقد وحده كافياً لرفع ما حاق به من أضرار.

٢ ـ عبء الإثبات: على طالب الإبطال للتدليس عبء إثبات حصول التدليس من المتعاقد الآخر أو من نائبه أو علمه أو استطاعة علمه إذا كان واقعاً من الغير فالبينة على من ادعى.

ويجوز إثبات التدليس بكافة طرق الإثبات. بل إننا نجد أن التدليس أكثر يسراً في الإثبات من الغلط، وذلك لأن الطرق الاحتيالية تكون في الغالب من الأمر وسائل مادية يسهل إثباتها، بينما الغلط أمر نفسي لا يتيسر دائماً إثباته.

٣ ـ لا يجوز التمسك بالتدليس على وجه يتعارض مع حسن النية: رأينا أن للمتعاقد المدلس عليه إبطال العقد والتعويض إن كان له محل، كما أن له أن يقتصر على طلب التعويض فقط مع الإبقاء على العقد إذا وجد ذلك محققاً لمصلحته. فإذا اختار العاقد المدلس عليه إبطال العقد وعرض عليه المتعاقد الآخر تعديل شروط العقد على الوجه الذي يرفع الضرر، فإنه يكون في الإصرار على طلب الإبطال عندئذ ما يتعارض مع حسن النية، فلا يقضي به، تطبيقاً للمبدأ الوارد في صدد الغلط[١]. ويقتصر حق العاقد المخدوع على التعويض[٢]. على أن هذه القاعدة لا تنطبق إلا في الحالة التي يكون التدليس فيها قد صدر من الغير. أما إذا كان التدليس صادراً من المتعاقد الآخر، فلا يجوز أن ينسب تعسف إلى المتعاقد المدلس عليه إذا أصر على إبطال العقد، رغم العرض المقدم، لكي يتحلل من علاقته بمن أظهر نحوه نية واضحة بتعمده تضليله[٣].

خاتمة: التدليس في الفقه الإسلامي:

التدليس أو التغرير نظام معروف في الفقه الإسلامي، وله فيه مكان رحب، مع تفاوت في المذاهب[٤].

---

(١) السنهوري، الوسيط، جزء ١، فقرة ١٨٢، ص ٣٥٢ هامش ١.
(٢) جلال العدوي، أصول المعاملات، ص ١٦٤.
(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٧، ص ٢١٦.
(٤) انظر السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، جزء ٢ ص ١٤٩ وما بعدها. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٧٠ ص ٣٥١، محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٥٦٦ وما بعدها وبصفة خاصة ص ٥٧٠ وما بعدها.

ويرجع السبب في احتلال نظرية التدليس مكاناً بارزاً في الفقه الإسلامي إلى أن التدليس يقوم على الحيلة والخداع والتضليل، ومن ثم فهو يقوم على أمور مادية خارجية ظاهرة، فالأخذ بها لا يتنافى مع النزعة الموضوعية التي تسود الشريعة الإسلامية. وذلك على خلاف الغلط الذي يقوم على أمور نفسية ينطوي عليها الضمير. كما أن الأخذ بهذه النظرية لايضير باستقرار التعامل كهدف أساسي تسعى إليه الشريعة الإسلامية حيث إنه في نظرية التغرير يمكن التوفيق في كثير من اليسر، بين احترام الإرادة الحقيقية واستقرار التعامل[1].

ويأخذ الفقه الإسلامي بنظام التغرير أو التدليس سواء بني على أفعال، أي طرق احتيالية (تغرير فعلي)، أو على الكذب أو الكتمان في حالات خاصة (تغرير قولي) وسواء كان التغرير من هذا الصنف أو من ذلك، فإنه يلزم لإعماله، في الفقه الإسلامي، أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر أو من شخص يكون متواطئاً معه، أو من الدلال أو السمسار الذي كلف منه بتسهيل إبرام الصفقة[2].

ويختلف التدليس الفعلي عن التدليس القولي في الحكم، فالتدليس الفعلي يخول دعوى التدليس حتى ولو تضمن غبناً يسيراً، بل حتى لو لم يصحبه غبن، وكان قائماً على إيهام المتعاقد بوجود صفة في المبيع، كإيهامه بأن البقرة حلوب، وهو مايسمى بتغرير الوصف[3]. أما التدليس القولي، فهو لا ينتج أثره إلا إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى الغبن الفاحش على أن يستثنى من ذلك التغرير القولي في بيوع الأمانة، فهو يأخذ حكم التغرير الفعلي، وينتج أثره بمجرد وجود الخيانة حتى إذا لم يتضمن إلا غبناً يسيراً.

ويتركز أثره التغرير أو التدليس في الفقه الإسلامي، في ثبوت الخيار للمدلس عليه في أن يبقي على العقد أو يفسخه[4].

---

(١) السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ص ١٤٩.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٧٠، ص ٣٥٣، وانظر في عرض تفصيلي في المذاهب الفقهية المختلفة، السنهوري، مصادر الحق، جزء ٢، ص ١٥٠ إلى ص ١٧٤.

(٣) انظر في تفصيل ذلك محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٥٧٠.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٧٠، ص ٣٥٤.

الفرع الثالث: الإكراه أو الخوف

La Violence ou la crainte

الإكراه وإن كان عيباً من عيوب الإرادة إلا أنه يختلف عن الغلط والتدليس بالنسبة إلى موضوع كل منهما. ففي حين أن الغلط والتدليس يمسان من العاقد علمه بما يرتضيه بحيث يجيء رضاؤه عن غير بينة بحقيقة الحال، نجد أن الإكراه لا يمس من العاقد إلا اختيار فيه. فرضاء المكره يأتي على بينة بما يرتضيه، ولكنّ رضاءه لا يجيء عن حرية، إنما عن قسر وإجبار(1). والإكراه قد لا يفسد الرضى فحسب وإنما قد يعدمه. ولذلك يجب أن ندرس الإكراه في نقاط ثلاث على لتوالي: **أولاً**: تعريف الإكراه وتحديد نطاقه. **ثانياً**: شروط التمسك بالأكراه. **ثالثاً**: جزاء الإكراه.

أولاً: تعريف الإكراه وتحديد نطاقه

الإكراه ضغط يقع على الشخص بغير وجه حق فيبعث في نفسه رهبة أو خوفاً يحمله على إبرام عقد لم يكن يقبله لو كانت إرادته حرة. فالأكراه يعيب الإرادة في عنصر الحرية والاختيار، حيث إن العيب ناشىء في الحقيقة عن الرهبة أو الخوف الذي ينتج عن الإكراه. وقد آثر المشرع اللبناني الدقة في التعبير فعبر عن هذا العيب بلفظ «الخوف» بدلاً من لفظ الإكراه الذي استخدمه المشرع الفرنسي والمصري.

وعلى ذلك فإذا كان الإكراه يعيب الإرادة في عنصر الحرية والاختيار، فإن هذا الإكراه قد يصل إلى حد أن يعدم الإرادة، أي يجرد الشخص من كامل حريته، ويترتب عليه إجبار الشخص على إبرام العقد بالقوة المادية. كما لو أمسك شخص بيد آخر وأرغمه عنوة على أن يوقع العقد. في مثل هذه الحالة تنعدم الإرادة ويكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً. وهذا الإكراه يخرج عن نطاق دراستنا للإكراه كعيب من عيوب الإرادة.

والإكراه الذي يعيب الرضى، وهو الذي يعنينا هو الإكراه الذي يتولد عن الرهبة التي قامت في نفس المتعاقد نتيجة الضغط غير المشروع عليه مما دفعه إلى التعاقد.

---

(1) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٧١ ص ٣٥٤، ٣٥٥.

وكما هو واضح أن الإرادة هنا تعتبر موجودة وأن اعتورها الفساد. بسبب مجيئها وليدة الرهبة الناجمة عن الضغط والإرهاب. ومن ثم فالعقد في حالتنا يقوم وإن تهدده الزوال. وفقاً لمشيئة المكره[1].

وهذا الإكراه قد يكون حسياً، وهو الذي يقع فعلاً على جسم المكره بالضرب، أو التعذيب، فيضطر المكره إلى قبول العقد لكي يوقفه. وقد يكون الإكراه معنوياً، وهو الذي يكون بالتهديد بإيقاع الأذى، سواء كان هذا الأذى المهدد به أذى مادياً يقع على الجسم أو المال، أو كان أذى نفسياً يمس العاطفة أو الشرف أو السمعة فيضطر المكره إلى قبول العقد لمنع تحقق الأذى الذي هدد به[2].

وللإكراه كالتدليس جانبان: فهو في ذاته عمل غير مشروع، وهو بالنظر إلى ما يولده من رهبة في نفس المكره عيب في الإرادة. وهذه الطبيعة المزدوجة لها تأثيرها على شروط الإكراه وكذلك على الجزاء المترتب عليه كما سوف نرى.

ثانياً: شروط التمسك بالإكراه

على ضوء التعريف السابق للإكراه نستطيع أن نستخلص منه ثلاثة شروط للإكراه: **أولاً**: يجب أن يتم التعقاد تحت سلطان رهبة بعثت في نفس المتعاقد بدون وجه حق. **ثانياً**: أن تكون الرهبة دافعة إلى التعاقد. **ثالثاً**: اتصال المتعاقد الآخر بالإكراه.

الشرط الأول: التعاقد تحت سلطان رهبة بعثت في نفس المتعاقد بدون وجه حق: جوهر الإكراه باعتباره عيباً من عيوب الإرادة هو أن يتم التعاقد تحت سلطان رهبة بعثت في نفس المتعاقد فدفعته إلى التعاقد. والمقصود بالرهبة هو الخشية من الأذى التي تؤثر في رضاء المتعاقد، بحيث تحمله على إجراء تصرف ما كان ليرغب فيه لولاها[3].

ويجب أن تكون هذه الرهبة قائمة على أساس، كما يجب أن تكون هذه الرهبة قد بعثت في نفس المتعاقد بدون وجه حق.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٧١ ص ٣٥٤.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٩، ص ٢١٨.
(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٧٤، ص ٣٥٧.

١ ـ يجب أن تكون هذه الرهبة قائمة على أساس: فيشترط في هذه الرهبة لكي تكون إكراهاً معيباً للرضى أن تكون قائمة على أساس. وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.

وعلى ذلك فإنه لكي تكون الرهبة قائمة في نفس المتعاقد على أساس، يجب أن يكون من شأن الظروف المحيطة به أن تصور له أن خطراً جسيماً يهدده، أي يعتقد بوجوده، ولا يلزم أن يكون هذا الخطر موجوداً في حقيقة الواقع، فقد يكون هذا الخطر وهمياً ومع ذلك تعتبر الرهبة قائمة على أساس ما دامت الظروف تصوره لذلك الشخص حقيقياً. فمن يذعر مثلاً نتيجة تهديده بمسدس، فيرضخ لمشيئة مهدده، ويبرم معه تصرفاً ما، خوفاً من أن يطلق عليه فيقتله أو يجرحه، يعتبر واقعاً تحت سلطان الرهبة المكونة للإكراه، حتى لو كان المسدس خالياً في الحقيقة من الرصاص على جهل منه[1].

ولكي يتحقق التوفيق بين مصلحة المتعاقد المكره في إبطال العقد للإكراه وبين استقرار التعامل اشترط القانون أن يكون الخطر أو الأذى الذي يتهدد به الشخص على قدر من الجسامة، بحيث يؤثر على من وقع عليه الإكراه ويجعله يتصور أنه لا قبل له بدفع هذا الخطر الذي هدد به إلا بقبول التعاقد.

ولا يشترط أن تكون الرهبة التي حملت المكره على التعاقد ناتجة عن إلحاق الأذى به هو، بل قد تتولد الرهبة الدافعة إلى التعاقد عن التهديد بإلحاق الأذى بشخص عزيز على المتعاقد. ولا يشترط أن يكون الغير هو أحد أقارب المتعاقد، بل العبرة بظروف كل حالة، بالصلة النفسية التي تربط المتعاقد بمن يتهدده الخطر، سواء كان قريباً أو غير قريب. بحيث يكون من شأن الخطر أن يؤثر في نفس المتعاقد فيقدم على التعاقد لدرئه عمّن يعزه. «وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٢١٠ موجبات وعقود لبناني، فهي تذكر بجانب التهديد الذي يمس العاقد نفسه التهديد الذي يمس زوجه أو أولاده أو أحد أصوله أو فروعه. وهذا التعداد لم يرد على سبيل الحصر بل على سبيل

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٧٤، ص ٣٥٨، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٤٠ ص ١٧٢.

المثال. فالجوهري هو أن يبعث الخطر المهدد به رهبة في نفس العاقد تحمله على التعاقد. وقد يكون الشخص المهدد بالإيذاء هو من صدر منه الإكراه نفسه، كابن يهدد أباه بالانتحار إن لم يبرم الأب عقداً معيناً[1].

ويستوي أن يكون الأذى الذي يهدد الشخص أو يتصور أنه يهدده حسياً أو نفسياً. فيستوي بأن يقع على جسم أو مال المتعاقد أو غيره. كما إذا ضرب أو عذب أو خرب ماله، أو كان بالتهديد بإيقاع هذا الأذى، أو كان التهديد يمس العاطفة أو الشرف أو السمعة للمتعاقد أو غيره. كما لا أهمية لما إذا كان الشخص مهدداً بخطر حال أو بخطر يوقع به فيما بعد. فالخطر الحاضر والخطر المستقبل سواء طالما أنه يولد في نفس المتعاقد الرهبة التي تدفعه إلى التعاقد[2].

النفوذ الأدبي:

وقد أثير التساؤل بشأن النفوذ الأدبي، وهل يكفي في اعتباره وسيلة للإكراه؟ ومن أمثلة النفوذ الأدبي، تأثير الأب على إبنه، أو سلطان الرئيس على مرؤوسيه أو سيطرة رجل الدين على شخص متدين، أو نفوذ الأستاذ على تلميذه، فهل يكفي النفوذ الأدبي لاعتبار أن الشخص وقع تحت تأثير الإكراه واندفع إلى إبرام العقد؟

يسود الاتجاه على أن الأصل في النفوذ المجرد عدم كفايته لتحقيق الإكراه. لكن إذا بلغ هذا النفوذ حداً من التأثير على نفسية المتعاقد، بحيث إن بعث الرهبة في نفسه فحمله على التعاقد واستخدام صاحب النفوذ هذه الرهبة للوصول إلى غرض غير مشروع، كابتزاز مال من وقع تحت تأثيرها، فعندئذ يعتبر النفوذ الأدبي إكراهاً كافياً للمطالبة بإبطال العقد[3]. وتطبيقاً لذلك تنص المادة ١/٢١٢ موجبات وعقود لبنان (تقابل م ١١١٤ مدني فرنسي) على أن «الخوف الناشيء عن إحترام الأب أو الأم أو غيرهما من الأصول لا يكفي لافساد العقد».

٢ ـ يجب أن تكون الرهبة قد بعثت في نفس المتعاقد بدون وجه حق: ويفهم من

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٠ ص ٢٢٠.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٧٤ ص ٣٥٩ وبصفة خاصة هامش ١، قارن أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٤٠ ص ١٧٢.

(٣) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٢٧، ص ٣٥٦، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٢ ص ٢٢١، ٢٢٢، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٤١ ص ١٧٣.

ذلك أنه إذا كانت الرهبة قد بعثت في نفس المتعاقد بحق، ما اعتبرت إكراهاً، لكن متى تعتبر الرهبة قد بعثت في نفس المتعاقد بغير حق؟

تعتبر الرهبة بغير حق، إذا كان القانون لا يسمح للشخص أن يبعثها في نفس المتعاقد معه. فالقانون في بعض الأحيان وفي حدود معينة يجيز للشخص بأن يسلط على المتعاقد معه سيف الخوف أو الرهبة، فإن فعل ذلك بغية الوصول إلى الغرض الذي سمح القانون بالتهديد من أجله لا أكثر، ومن غير شطط أو إسراف أو تعسف، ورضخ غريمه لما طلبه، ما استطاع هذا الأخير أن يدعى أنه مكرهاً على إجراء التصرف الذي أبرمه[1].

مثال ذلك استعمال الوسائل والإجراءات التي يكفلها القانون، ولذلك نصت المادة ٢١٢ موجبات وعقود لبناني على أنه «لا يكفي لإفساد العقد.. استعمال الوسائل القانونية ما دام هذا الاستعمال مشروعاً أي أن يكون الغرض منه مجرد الحصول على ما يجب». كتهديد الدائن مدينة بالالتجاء إلى إجراءات التنفيذ على أمواله أو شهر إفلاسه، وذلك لاستيفاء حقه، فإذا قام المدين تحت تأثير هذا التهديد بالوفاء بالدين أو أنه قام بإبرام عقد قرر به للدائن رهناً على عين يملكها أو تقدم قريب أو صديق لكفالة المدين، فإن هذا التصرفات صحيحة وليس للمدين عليها سبيل للطعن فيها على أساس الإكراه.

لكن إذا أسيء استعمال الوسائل القانونية المقررة، بأن استخدمها الشخص لابتزاز ما يزيد عن حقه، أو كان التعهد الذي حصل عليه منقطع الصلة بالوسيلة القانونية التي هدد باستعمالها، فيكون التصرف قابلاً للإبطال. مثال ذلك تهديد الدائن لمدينه بالالتجاء إلى إشهار إفلاسه إذا لم يبع له عيناً يملكها بثمن بخس.

والرأي السائد في الفقه يتخذ من الغرض المراد الوصول إليه معياراً لتحديد ما إذا كانت الرهبة المتولدة عن الإكراه بحق أو بغير حق. ولذلك يفرق في هذا الصدد بين أربعة فروض.

الفرض الأول: استعمال وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع. ومثال هذه الحالة تهديد الشخص بالقتل أو بخطف ابنه، أو بالتشهير به أو بإثارة

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٧٤ ص ٣٦٥.

فضيحة حوله، من أجل الوصول إلى حملة على إبرام تصرف لا يلتزم بإجرائه كإعطائه مبلغاً من النقود لمن يهدده، أو حمله على أن يبيع له مالاً من غير أن يكون له حق في ذلك، والفقه مستقر على الإكراه متوافر في هذه الحالة.

الفرض الثاني: استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض مشروع، وفي هذا الفرض لا يتحقق الإكراه، كمن يهدد آخر بالحجز على أمواله بقصد حمله على الوفاء بالدين المستحق له، أو كمن يهدد تاجراً بأن يشهر إفلاسه إذا لم يقم بدفع ما في ذمته.

الفرض الثالث: استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع، وفي هذا الفرض يتحقق الإكراه، مثال ذلك إذا هدد الدائن مدينه التاجر بشهر إفلاسه بقصد الحصول على مبلغ من المال يزيد على الدين.

الفرض الرابع: استعمال وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع، ومثال ذلك تهديد امرأة لعشيقها بالتشهير به لدى خطيبته أو زوجته إذا لم يدفع لها مبلغاً من المال، تعويضاً عما نالها من ضرر. فإن الإكراه لا يتوافر في هذه الحالة ولكن يشترط ألا تكون الوسيلة غير المشروعة جريمة يعاقب عليها القانون. ومن هنا لا يجوز التهديد بالقتل أو الخطف بقصد الحصول على حق في ذمة المكره[1].

ويتضح مما سبق أن العبرة دائماً بالغاية أو الغرض، فيقع الإكراه ما دامت الغاية أو الغرض غير مشروع، ويستوي في ذلك أن تكون الوسيلة مشروعة أو غير مشروعة بينما لا يتحقق الإكراه ما دامت الغاية مشروعة بصرف النظر عن الوسيلة المستعملة.

الشرط الثاني: أن تكون الرهبة دافعة إلى التعاقد

سبق أن رأينا أنه يجب أن يكون الإكراه على قدر من الجسامة بحيث تكون الرهبة الناتجة عنه هي التي دفعت المتعاقد إلى التعاقد. بمعنى أن الخطر أو الأذى الذي يتهدد الشخص أو غيره على قدر من الجسامة، بحيث يتصور أنه لا قبل له بدفع هذا الخطر أو إيقاف ذلك الأذى إلا بقبوله التعاقد. وتنص المادة ٢١١ موجبات

(١) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٢٧، ص ٣٥٧، توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١١٣، انظر عكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٧٤ ص ٣٧٠، ٣٧١.

وعقود لبنان على أن «الخوف لا يفسد الرضى إلا إذا كان هو الحامل عليه. . .».

واضح إذن أن معيار تقدير الرهبة يعتبر معياراً شحصياً أو ذاتياً، فليست العبرة بمدى تأثير الإكراه في الشخص العادي، بل العبرة بتأثيرها في نفس المكره ذاته، فالمهم أن تتأثر إرادة الشخص فيقبل على إبرام عقد ما كان ليبرمه لو كانت إرادته حرة، مثل الريفي الساذج الذي يمضي العقد تحت تأثير عمل من أعمال الشعوذة التي لا يتأثر بها الشخص العادي.

ومسألة خضوع المتعاقد للرهبة مسألة تعتبر موضوعية يقدرها القاضي بسلطان مطلق، مراعياً في ذلك ما إن كان الشخص المكره ذكراً أو أنثى، صغيراً أو شاباً أو عجوزاً، ساذجاً أو متحضراً، مريضاً أو موفور الصحة، في مكان بعيد مما ييسر التأثير عليه، أو في مكان آهل مما يهيىء له الإفلات من الإكراه، وقع الإكراه في الليل أم في النهار، مثل هذه الظروف، وغيرها يدخلها القاضي في إعتياره، عند تقدير ما إذا كان المتعاقد أبرم العقد مكرهاً أو كانت إرادته حرة في إبرامه[1]. ولذلك نصت المادة ٣/١٢٧ مدني مصري على أن «يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه»، وتنص المادة ٢١١ موجبات وعقود لبناني «... وللوقوف على ماهيته وتأثيره يجدر الاعتداد بشخصية المكره (كالنظر إلى سنه أو إلى كونه امرأة أو رجلاً أو إلى درجة تعليمه ومنزلته الاجتماعية».

الشرط الثالث: اتصال المتعاقد الآخر بالإكراه

يشترط للتمسك بالإكراه باعتباره عيباً يشوب الرضى ويجعل العقد بالتالي قابلاً للإبطال، أن يكون الإكراه متصلاً بمن يتعاقد مع المكره.

ويكون الإكره متصلاً بالمتعاقد الآخر في حالتين: حالة ما إذا وقع الإكراه من نفس المتعاقد مع المكره، وهذه هي الحالة الغالبة. وحالة ما إذا صدر من شخص من الغير بشرط أن يكون المتعاقد الآخر، الذي يحتج في مواجهته بالإكراه، يعلم به أو كان مفروضاً عليه حتماً أن يعلم به. وهكذا نصل إلى أن الإكراه، كالتدليس تماماً، لا

---

(١) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٢٨، ص ٣٥٨.

يعتبر مفسداً للرضى، إلا إذا وقع من المتعاقد الآخر، أو إذا كان هذا على علم به أو كان المفروض حتماً أن يعلم به إذا كان هذا الإكراه صادراً من الغير.

وهذا المسلك يتفق وحقيقة الإكراه ويحقق في الوقت نفسه استقرار المعاملات، فمن ناحية نجد أن الإكراه يفسد الإرادة، أيّاً كان الشخص الذي صدر منه، سواء كان المتعاقد الآخر أم أجنبياً. ومن ناحية أخرى نجد أن القانون أراد أن يحقق استقرار التعامل، فلا يفاجأ المتعاقد الآخر بإبطال عقد دون أن يعرف لذلك سبباً، ولذلك اشترط علم هذا المتعاقد أو استطاعته العلم بالإكراه حتى يستطيع القاضي أن يجيب المكره لطلبه بإبطال العقد. فإن لم يتحقق هذا الشرط فليس أمام المتعاقد المكره إلا أن يطالب الغير بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية باعتبار أن الإكراه عمل غير مشروع. وذلك كله مع بقاء العقد قائماً.

ويلاحظ في التعاقد بطريق النيابة، أن العقد يكون قابلاً للإبطال إذا صدر الإكراه من الأصيل ولو لم يعلم به النائب، أو صدر من النائب ولو لم يعلم به الأصيل. كما إذا صدر الإكراه من الغير، فيكفي لإبطال العقد أن يتحقق العلم أو استطاعة العلم لدى أي منهما[1].

في القانون اللبناني لا يشترط بالنسبة للإكراه الصادر من شخص من الغير أن يكون العاقد الآخر على علم بهذا الأكراه، فالمادة ١/٢١٠ من قانون الموجبات والعقود تقرر أنه «لا حاجة إلى التمييز بين أن يكون الضغط صادراً عن أحد المتعاقدين أو عن شخص ثالث...».

وهذا على عكس التدليس الصادر من الغير إذ المادة ٢٠٩ موجبات وعقود تشترط أن يكون العاقد الآخر على علم به حتى يجوز إبطال العقد[2].

وعلى ذلك يجوز للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، سواء كان المتعاقد الآخر على علم بالإكراه الصادر من الغير أو ليس على علم به. غير أنه إذا طلب

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١١ ص ٢٢٠.

(٢) اسماعيل غانم، المحاضرات، ص ١٣٦ وهو يذهب في تبرير هذا الفرق إلى الإكراه يتضمن إخلالاً خطيراً بالأمن والسلام في المجتمع مما يقتضي أن يوضع له جزاء رادع، وفي تقرير إبطال العقد للإكراه ما قد يثني عن الالتجاء إليه.

المتعاقد المكره الإبطال، وكان المتعاقد الآخر الذي استفاد من الإكراه حسن النية لا يعلم بوقوع الإكراه من الغير، فإن المتعاقد المكره يلزم في هذه الحالة بالتعويض. وهذا التعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة، فلا يتقيد القاضي فيه بالقواعد المقررة للتعويض. وقد يرى القاضي في تقديره للظروف، أن يكون التعويض هو بقاء العقد صحيحاً، وفي هذه الحالة نصل إلى الحل ذاته الذي نص عليه القانون المصري من اشتراط علم المتعاقد المستفيد من الإكراه الصادر من الغير بهذا الإكراه حتى يحكم القاضي بإبطال العقد وإلا حكم بالتعويض مع بقاء العقد[1]. وهذا ما نصت عليه المادة ٢/٢١٠ من أنه «يجوز... أن يلتزم المكره الراغب في التملص من العقد بأداء التعويض إلى الفريق الآخر إذا كان هذا الفريق حسن النية. ويكون هذا التعويض على نسبة ما يقتضيه الانصاف».

الظروف الملجئة أو الضرورة:

يلاحظ أن الإكراه يتوافر إذا هيأت الصدفة ظروفاً استطاع شخص أن يستفيد منها ويحمل الآخر على التعاقد رغماً عن إرادته وهو ما يعبر عنه بحالة الضرورة. مثال ذلك أن يتعرض شخص لخطر الموت ويتقدم الآخر لانقاذه، ويشترط أن يأخذ مبلغاً باهظاً لقاء هذا الانقاذ. أو الطبيب الذي يستغل جسامة الإصابة في حادثة ويشترط أن يأخذ مبلغاً باهظاً لإجراء العملية الجراحية اللازمة. وفي هذين المثالين كان المتعاقد الآخر سيىء النية يعلم بحالة الضرورة فقصد استغلالها للضغط على إرادة العاقد وحمله على التعاقد بالشروط التي حددها، فيتحقق الإكراه الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال.

في القانون اللبناني نص المشرع صراحة على هذه الحالة في المادة ٢١٠ موجبات وعقود وطبقاً لهذا النص يجوز لمن يبرم العقد في حالة الضرورة تحت ضغط الظروف الخارجية أن يطلب إبطال العقد بسبب الإكراه حتى لو كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستفيد من هذه الظروف لاستغلال الطرف المهدد. ولكن عليه في هذه الحالة أن يدفع تعويض للمتعاقد الآخر حسن النية. هذا التعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة كما سبق أن بينا.

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٢٩١، ص ٢٥٨.

ثالثاً: جزاء الإكراه

إذا توافرت شروط الإكراه فإنه يجوز للمكره أن يطالب بإبطال العقد والتعويض إن كان له محل، وكما أنه يقع عليه عبء إثبات الإكراه. فلنـر ذلـك تفصيلاً.

١ ـ قابلية العقد للإبطال والتعويض إن كان له محل: إذا توافرت شروط الإكراه السابقة، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال لمصلحة الطرف الذي وقع ضحية الإكراه، وإذا كان الإكراه يعتبر عيباً يشوب الرضى، ويجعل بالتالي العقد قابلاً للإبطال فإن ذلك لا يجعلنا نغفل حقيقته من حيث إنه عملاً غير مشروع من شأنه أن يجعل مرتكبه مسؤولاً مسؤولية تقصرية. وعلى ذلك يجوز لضحية الإكراه، إلى جانب الخيار المتاح له بين التمسك بالعقد وإبطاله، أن يطلب التعويض عما ناله من ضرر نتيجة الإكراه، وذلك إذا كان لهذا التعويض محل. بمعنى أنه إذا لم يكن الحكم بإبطال العقد كافياً لجبر ما أصابه من ضرر نتيجة الإكراه فإنه يستطيع أن يطالب علاوة على ذلك بالتعويض. وإذا كان الإكراه صادراً من الغير ولم يكن المتعاقد معه يعلم أو في استطاعته أن يعلم، ففي هذه الحالة يقتصر حق المتعاقد المكره على المطالبة بالتعويض فقط على أساس المسؤولية التقصيرية، مع بقاء العقد قائماً. ويلاحظ أنه في **القانون اللبناني** أن المادة ٢/٢١٠ موجبات وعقود يجيز الزام العاقد طالب الإبطال بسبب الإكراه الصادر عن الغير، والناتج من الظروف الخارجية، بتعويض الطرف الآخر إن كان حسن النية.

٢ ـ عبء الإثبات: يقع على عاتق المتعاقد المكره والذي يطالب بإبطال العقد إثبات حصول الإكراه من المتعاقد الآخر أو من نائبه أو علمه به أو استطاعته العلم به إن كان واقعاً من الغير.

ويجوز إثبات الإكراه بكافة طرق الإثبات، حيث إن إثبات الإكراه إثبات لوقائع مادية.

خاتمة: الإكراه في الفقه الإسلامي:

اهتم الفقه الإسلامي بالإكراه اهتماماً كبيراً. وأهم مظاهر هذا الاهتمام هو معالجته في إطار نظرية عامة، ويرجع اهتمام الفقه الإسلامي بالإكراه إلى أنه أقرب عيوب الإرادة إلى الموضوعية وأبعدها عن الذاتية، بسبب ما يتصل به من وسائل

العنف التي هي أكثر ما تكون وسائل مادية ظاهرة وليست وسائل معنوية خفية[1].

وفقهاء المسلمين ينظرون إلى الإكراه باعتباره عيباً يشوب الرضى، نفس نظرة القانون المعاصر إليه. وتتفق أحكام الإكراه في جملتها مع أحكام القانون المعاصر مع اختلاف بسيط في بعض التفصيلات[2].

الفرع الرابع: الاستغلال

الاستغلال هو عيب من عيوب الإرادة وهو يقوم أساساً على انتهاز شخص لناحية من نواحي الضعف الإنساني التي يوجد فيها شخص آخر لكي يحصل منه على مزايا لا تتعادل البتة مع ما يعطيه في مقابلها. ولكن هذا الاستغلال وما يحدث عنه من عدم تعادل تام بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه بمقتضى العقد قد يختلط بالغبن، باعتباره مجرد عدم التعادل بين ما يأخذ العاقد وبين ما يعطيه عند إبرام العقد. لكن الاستغلال يعتبر في المقام الأول أمراً نفسياً وإن عدم التعادل الناشيء عنه ليس إلا نتيجة استغلال الضعف النفسي لدى المتعاقد الآخر. وعلى ذلك فإنه يجب أولاً، أن نعرض لتعريف الاستغلال وتحديد نطاقه حتى نستطيع أن نميزه عن الغبن، ثانياً: يجب أن نعرض لعناصر الاستغلال، ثالثاً: يجب أن نتعرف على جزاء الاستغلال.

أولاً: تعريف الاستغلال وتحديد نطاقه:

ويجب أن نعرض في هذا الصدد للتمييز بين الغبن والاستغلال، لننتهي إلى تحديد تعريف للاستغلال.

٢ ـ **الغبن والاستغلال**: يقصد بالغبن عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين وقت إبرام العقد، أي مجرد عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه بمقتضى العقد. وفي هذه الحالة لا ينظر إلا إلى الجانب المادي فقط من حيث اختلال التوازن بين قيمة ما يلتزم به كل من المتعاقدين.

---

(١) السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، جزء ٢، ص ١٨٣، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٨٠ ص ٣٨١، ٣٨٢.

(٢) انظر تفصيل ذلك السنهوري، مصادر الحق، جزء ٢ ص ١٨٣، إلى ص ٢١٥، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٨٠، من ص ٣٨٢ إلى ص ٣٨٦.

أما الاستغلال فإنه لا يكتفي بالوقوف لدى هذا الجانب المادي فقط. ولكن ينظر فضلاً عن ذلك إلى جانب نفسي. وبعبارة أخرى فإنه لا يكفي أن يختل التوازن بين الالتزامات المتبادلة أو عدم التعادل بينها، وإنما يلزم فضلاً عن ذلك أن يستغل أحد الطرفين حالة ضعف نفسي يوجد فيها المتعاقد الآخر المغبون[1]. وعلى ذلك فالغبن في الاستغلال ليس إلا نتيجة لانتهاز الضعف النفسي لدى المتعاقد الآخر.

ويترتب على التمييز بين الغبن والاستغلال عدة نتائج:

أ - إن الاستغلال يعتبر عيباً من عيوب الإرادة. ولذلك فإنه لا يعتبر قابلاً للإبطال لمجرد عدم التعادل في الالتزامات وإنما لاستغلال أحد المتعاقدين للضعف النفسي الذي يوجد فيه المتعاقد الآخر، مما جعله يبرم العقد بما فيه من غبن تحت تأثير هذا الاستغلال، فتعيبت بذلك إرادته. بينما الغبن عيب مادي في العقد ذاته، إذ يقوم على مجرد عدم التعادل بين التزامات الطرفين، وذلك بصرف النظر عن الدافع الذي دفع العاقد المغبون إلى قبول العقد على الرغم مما فيه من غبن له.

ب - إن الاستغلال باعتباره عيباً من عيوب الإرادة يعتبر أوسع نطاقاً من الغبن. فإذا كان كل استغلال يتضمن غبناً إلا أنه ليس كل غبن ناشيء عن استغلال. فإذا كان الاستغلال وسيلة تؤدي إلى الغبن إلا أن هذه الوسيلة ليست حتمية. حيث إن من الممكن أن يترتب الغبن دون استغلال. كما أن عدم التعادل في الالتزامات مبني في نظرية الغبن على معيار مادي، أي وفقاً لرقم معين، وذلك دون نظر إلى المعيار الشخصي، أي دون نظر إلى ظروف المتعاقد الشخصية. كما أن الغبن لا يوجد إلا بنص صريح عليه.

جـ - وهذه النتيجة مرتبطة بسابقتها حيث إن الاستغلال متصور بالنسبة لكافة العقود، فيسمح بالطعن فيها بالاستغلال سواء كانت معاوضات أم تبرعات وسواء كانت محددة أم احتمالية. بينما الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة، بوصف كونه اختلالاً في التعادل بين ما يأخذه العاقد وما يعطيه، فلا يتصور في عقود التبرع التي يعطي فيها العاقد ولا يأخذ، وبالتالي لا مجال لاختلال التعادل الذي هو علة الغبن. أما الاستغلال فهو يتصور في نوعي العقد، فكما أن استغلال ضعف العاقد يدفعه إلى

(١) توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١١٥.

قبول عقد معاوضة لا يتعادل فيه ما يأخذه مع ما يعطيه، فهو قد يدفعه كذلك إلى إعطاء ما لا يتقاضى عنه مقابلاً[1].

ـ **موقف التشريعات من الغبن والاستغلال**: فمن التشريعات ما لا يتضمن أي نص في شأن الاستغلال، ولم تفسح للغبن إلا مكاناً ضيقاً، فلم تجعله مؤثراً في العقد إلا في حالات استثنائية وردت بشأنها نصوص خاصة. هذا هو الشأن بالنسبة للقانون المدني الفرنسي. ومن التشريعات، وهو الاتجاه الغالب في التقنيات الحديثة، ما يأخذ بنظرية عامة في الاستغلال وذلك باعتباره عيباً من عيوب الإرادة، ولكن مع تفاوت في نطاق الأخذ بهذه النظرية[2]. وتأخذ التشريعات العربية كذلك بنظرية عامة في الاستغلال باعتباره عيباً من عيوب الإرادة[3].

ولكن يجب أن نشير إلى أن القوانين التي أخذت بنظرية عامة للاستغلال كعيب من عيوب الرضى، وبالتالي كسبب لإبطال العقد بوجه عام، قد أوردت إلى جانب ذلك بعض تطبيقات للغبن المادي في حالات معينة، وبنصوص خاصة، يعتد فيها بمجرد عدم التعادل بين الأداءات دون بحث فيما إذا كان الغبن ناتجاً عن عيب من عيوب الإرادة[4].

٢ ـ **تعريف الاستغلال**: نستطيع بعد هذا العرض أن ننتهي إلى أن الاستغلال هو انتهاز أحد المتعاقدين ما لدى المتعاقد الآخر من طيش بيّن أو هوى جامح عند إبرام

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٣ ص ٢٢٤.

(٢) فنجد قوانين البلاد ذات النزعة الجرمانية، وعلى رأسها القانون الألماني الذي يذهب إلى حد اعتبار الاستغلال عملاً غير مشروع ويرتب عليه بطلان العقد بطلاناً مطلقاً (م ١٣٨ مدني ألماني)، ويسير في اتجاه القانون الألماني، مع تفاوت في نطاق الأخذ بالنظرية، القانون السويسري والإيطالي واليوناني، حيث يعتبر الاستغلال عيباً من عيوب الإرادة يجعل العقد قابلاً للإبطال.

(٣) وقد أخذ القانون المصري بنظام الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة، وكسبب لإبطال العقود بوجه عام (م ١٢٩) ومنه انتقل إلى قوانين البلاد العربية، كالقانون السوري (م ١٣٠) والقانون الليبي (م ١٢٩) والقانون العراقي (م ١٢٥) والقانون اللبناني (م ١٢٤) وأخيراً القانون الكويتي (م ١٥٩ إلى م ١٦١).

(٤) وأهم هذه الحالات بيع العقار المملوك لشخص لا يتوافر فيه الأهلية إذا تجاوز الغبن خمس قيمة العقار (م ٤٢٥ مدني مصري) والغبن الذي يزيد عن خمس قيمة نصيب المتقاسم في عقد القسمة (م ٨٤٥ مدني مصري).

العقد وذلك للحصول منه على مزايا دون مقابل أو على مزايا لا تتناسب البتّة مع ما يحصل عليه هذا المتعاقد.

وهذا التعريف يدفعنا إلى البحث في عناصر الاستغلال والجزاء المترتب عليه، وهذا ما سنراه فيما يلي.

ثانياً: عناصر الاستغلال

وعلى ضوء التعريف السابق نستطيع أن نقول إن للاستغلال عنصرين: عنصر مادي أو موضوعي وهو اختلال التعادل أو انعدام المقابل، وعنصر نفسي يتمثل في استغلال حالة الضعف النفسي، الطيش البيّن أو الهوى الجامح، لدى المتعاقد الآخر.

١ ـ العنصر المادي: اختلال التعادل بين الالتزامات اختلالاً فادحا أو انعدام المقابل:

يتحقق العنصر المادي للاستغلال إذا كان قد ترتب عليه في عقد المعاوضة أن اختل التعادل اختلالاً فادحاً بين التزامات الطرفين، أو ترتب عليه أن أبرم من وقع عليه استغلال عقد تبرع، أي أعطى دون أن يأخذ أي مقابل. وعلى ذلك ندرس على التوالي مدى توافر العنصر المادي في عقود المعاوضة، ثم بعد ذلك في عقود التبرع.

أ ـ العنصر المادي في عقود المعاوضة: الغبن الفاحش: الأصل أنه لا يكفي مجرد الغبن لإمكان الطعن في العقود بالاستغلال. أي لا يكفي مجرد عدم التعادل بين التزامات الطرفين حتى يمكن أن يطعن في العقد بالاستغلال، وإنما يلزم أن يكون عدم التعادل على درجة معين من الجسامة، ولذلك يأتي التساؤل عن معيار الغبن الذي يجيز الطعن في العقد بالاستغلال؟

المعيار يكمن في الاختلال الفادح، في الغبن الفاحش، والحكمة من ذلك واضحة، حيث إن التعادل التام أو المساواة المطلقة بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه ليست شرطاً لصحة العقد كما أنه ليس أمراً تقتضيه طبيعة العقود، بل إن ضرورة استقرار التعامل تقتضي عدم الاعتداد بالغبن اليسير، ومن المألوف في التعامل أن يكون في العقد غالب ومغلوب[1].

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٥ ص ٢٢٦.

ولكن كيف تقدر فداحة اختلال التعادل أو الغبن الفاحش؟

في الواقع لم يحدد المشرّع نسبة معينة لما يعتبر غبناً فاحشاً، بل الأمر متروك في هذا لقاضي الموضوع يقدره حسب ظروف الحال والمألوف بين الناس، ولا رقابة عليه في هذا المحكمة النقض. ولذلك نصت المادة ٢١٤ موجبات وعقود على أن «. . . . ويكون الأمر على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلاً للبطلان في الأحوال الآتية: . . . . ٢ ـ إذا كان المغبـون راشداً وكان للغبـن خاصيتان: الأولى أن يكون فاحشاً وشاذاً عن العادة المألوفة». وتنص المادة ١/١٢٩ مدني مصري على أنه «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر . . .».

العبرة في تقدير الاختلال الفادح في التعادل بوقت انعقاد العقد. أما اختلال التعادل الجسيم نتيجة لتغير الظروف الاقتصادية الذي يطرأ بعد انعقاد العقد فلا يؤثر في صحته، وإنما يثير البحث في مشكلة أخرى هي مشكلة الظروف الطارئة، كما سوف نرى فيما بعد.

وإذا كنّا بصدد وعد بالعقد، وجب الرجوع إلى وقت الوعد لتقدير الغبن الواقع على الواعد لا إلى وقت إظهار الرغبة، لأن إرادة الواعد بالعقد قد صدرت عند الوعد، أما في تقدير الغبن الواقع على الموعود له فيرجع إلى وقت إعلان رغبته[1].

ب ـ العنصر المادي في عقود : انعدام المقابل: ويتحقق العنصر المادي أيضاً إذا كان استغلال ضعف العاقد قد دفعه إلى إبرام عقد لا مقابل فيه أصلاً، أي عقد تبرع. وتطبيق نظرية الاستغلال على عقود التبرع ادعى وأوجب. فإذا كانت نظرية الاستغلال تؤدي إلى حماية العاقد المستغل من عدم التعادل الفادح في عقد المعاوضة، فإن هذه الحماية أوجب إذا كان الاستغلال أدى إلى إبرام عقد تبرع لا تعادل فيه أصلاً[2].

---

(١) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٢١٣، ص ٢٩١، ٢٩٢.

(٢) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١ فقرة ٢٠٦ ص ٣٩٦، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١١٥، ص ٢٢٨، ٢٢٩ شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٣٢ ص ٣٦١.

٢ ـ العنصر النفسي: استغلال ضعف نفسي لدى المتعاقد:

العنصر النفسي هو استغلال ضعف نفسي معين في المتعاقد أدى به إلى إبرام العقد، رغم ما فيه من اختلال فادح في التعادل إن كان العقد معاوضة، أو رغم انعدام المقابل إن كان العقد تبرعاً.

لكن ما هو المقصود بالضعف النفسي الذي يعتد باستغلاله فيؤدي إلى إبطال العقد؟ للإجابة على هذا التساؤل نرجع إلى قوام نظام الاستغلال وأساسه، فإننا نجد أنه يقوم على أن يعمد شخص إلى أن يفيد من ناحية من نواحي الضعف الإنساني يتلمسها في آخر، ليحصل منه على غنم فادح ويحمله بالتالي بغرم مفرط، فيعمل نظام الاستغلال على أن يفوت عليه سوء قصده(١).

فإذا تمشينا مع منطق الأمور ذاته، وجدنا أن كل مظهر من مظاهر الضعف الإنساني، أياً ما كان نوعه أو طبيعته، من شأنه أن يقيم الاستغلال طالما أنه قد استغل بالفعل في صاحبه(٢). لكن نجد موقف التشريعات في هذا الصدد تتفاوت، منها ما يوسع من دائرة الاستغلال(٣)، ومنها ما يضيق من دائرته(٤). وسوف نقتصر على عرض

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٨٦ ص ٣٩١.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٨٦ ص ٣٩١.

(٣) ومن هذه القوانين القانون الألماني (م ١٢٨) والقانون الكويتي (م ١٥٩) والقانون العراقي (م ١٢٥). فنجد القانون الألماني ينص على إستغلال الخفة وعدم الخبرة، والقانون الكويتي يذكر الحاجة الملجئة، والطبش البيّن والضعف الظاهر والهوى الجامع والقوة الأدبية، بينما القانون العراقي ينص على الحاجة والطيش والهوى وعدم الخبرة وضعف الإدراك.

(٤) من هذه القوانين، القانون المصري (م ١٢٩) والقانون السوري (م ١٣٠) والقانون الليبي (م ١٢٩) وهذه القوانين الثلاثة تقصر مظاهر الضعف الإنساني، التي يمكن أن تكون محلاً للاستغلال، على الطيش البيّن والهوى الجامح. وكذلك نجد أن مدونة الالتزامات السويسرية قد ذكرت الحاجة والخفة والغباء وعدم الخبرة (م ٢١)، وذكر القانون البولوني الخفة والغباء وعدم الخبرة والحاجة أو الضيق (م ٤٢) وقد كانت المادة ١٧٩ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري تنص على أنه «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مطلقاً مع ما حصل عليه هذا التعاقد من فائدة بموجب العقد، أو لا تتعادل مطلقاً مع التزامات المتعاقد الآخر، بحيث يكون مفروضاً تبعاً للظروف، أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إرادته، أو بحيث يتبين بوجه عام، أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كافٍ، فيجوز للقاضي بناء على طلب الطرف المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد، ويسري هذا=

الضعف الإنساني التي يمكن أن تكون محلاً للاستغلال وفقاً لما هو سائد في غالبية التشريعات العربية.

أ ـ صور لضعف النفسي التي يمكن أن تكون محلاً للاستغلال:

ـ في القانون المصري:

وهنا سوف نعرض لأهم صور الضعف النفسي وهي حالة الطيش البيّن والهوى الجامح.

(١) **الطيش البيّن:** هو حالة من يقدم على عمل دون مبالاة أو اكتراث بما قد ينجم عنه من نتائج. فيشمل الخفة والتسرع المؤدين إلى سوء التقدير كما يشمل الإقدام على إبرام التصرف في فترة من فترات التحمس أو الاستفزاز. ويشمل أخيراً حالة من لا يعبأ إلا بالنتائج الحالة العارضة وإغفال المضار المستقبلة.

فالطيش البيّن حالة مرضية تمنع الشخص من البصر بعواقب الأعمال وتقدير ما فيها من غبن، وهو على هذا النحو لا يعدم الإرادة وإنما يعيبها. وعلى ذلك فلا يشترط في الطيش أن يكون حالة مستمرة يتصف بها الشخص على وجه دائم، بل قد يظهر فقط في نواحٍ معينة أو لفترة محددة[١].

كما أن الطيش البيّن لا يقتصر على الشباب، فقد يوجد أيضاً لدى الأشخاص في مراحل العمر المختلفة، حتى لدى الشيوخ[٢]. وفي جميع الأحوال لا يكفي الإسراف أو البذخ بمفردهما للتدليل عليه، بل يجب أن يثبت أن المغبون كان وقت التعاقد في حالة طيش بيّن لا يخفى على الطرف الآخر. وتقدير الطيش البيّن من الأمور التي تدخل في سلطة القاضي، فعليه أن يدخل في الاعتبار كل ما يمكن أن يوضح له قيام هذه الحالة لدى المتعاقد المغبون.

ومن أمثلة الطيش البيّن الشاب الذي يريد نقوداً سريعة فيقع فريسة سهلة لمن

= الحكم حتى إذا كان التصرف الذي صدر من المغبون تبرعات. ويجوز في عقد المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى البطلان إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن».

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٦ ص ٢٣٠، توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١١٩، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٤٩ ص ١٨٧.

(٢) توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٢٠ إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٦ ص ٢٣٠.

يستغل طيشه فيشتري منه ماله بثمن بخس.

(٢) **الهوى الجامع**: هو رغبة شديدة تقوم في نفس المتعاقد، نحو شخص أو شيء، تجعله يفقد سلامة الحكم على هذا الشخص أو ذاك الشيء.

ومن أمثلة الهوى الجامح، امرأة تكره زوجها كرهاً يؤدي بها إلى الرغبة الجامحة في الانفصال عنه، فيحصل منها الزوج على مبلغ طائل من المال في مقابل طلاقها. ومثل الرجل الطاعن في السن يتزوج من امرأة شابة تستغل ولعه بها لكي يبرم لصالحها ولصالح أولادها ما تشاء من عقود يؤثرهم بها على زوجته الأولى وأولاده منها.

والجدير بالإشارة أن مجرد المودة والعطف لا يتحقق به معنى الهوى الجامح، فمجرد إيثار أب لأحد أبنائه، فوهبه من ماله، لا يكفي لتحقق الاستغلال وخاصة إذا كان لهذا الإيثار ما يبرره من عناية خاصة يبذلها هذا الابن لأبيه دون سائر أخوته[١].

- في القانون اللبناني:

يتحقق هذا الشرط كما تقول المادة ٢١٤ موجبات وعقود «إذا كان المستفيد قد أراد استثمار ضيق أو طيش أو عدم خبرة في المغبون».

وبذلك يكون نطاق الاستغلال أوسع مما هو عليه في القانون المصري.

- ويراد بالضيق العسر المالي الذي يؤثر في نفسية الشخص فيحمله على قبول التعاقد بشروط مجحفة[٢]، ولا يشترط العوز الشديد الذي ينجم عن عدم توافر المال اللازم لدى المتعاقد لسد أوده وأود عياله[٣]. وقاضي الموضوع (الأساس) هو الذي يقدر في كل حالة على حدة ما إذا كانت ظروف المتعاقد المادية والنفسية قد وصلت به إلى حد الضيق المقصود.

- ويراد بالطيش الخفة التي تؤدي إلى التسرع وسوء التقدير كما سبق أن

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٦ ص ٢٣١.

(٢) تمييز، غرفة مدنية أولى قرار إعدادي رقم ١ في ٤ تموز ١٩٥٩، مجموعة المحامي، سنة ٢٤ ص ٤٨، مجموعة حاتم، جـ ٣٨ ص ٦٦ رقم ٥.

(٣) انظر في ذلك تمييز مدني، غرفة أولى قرار رقم ١١٩ في ١٩٥٩/٨/٦ مجموعة حاتم جـ ٣٨ ص ٦٥ رقم ١٠٤، استئناف بيروت غرفة مدنية أولى قرار رقم ٤٨٥ في ١٩٥٧/٣/٥، مجموعة حاتم، جـ ٣١ ص ١٨ رقم ٤.

قلنا[١].

ـ **ويراد بعدم الخبرة**: عدم توافر المعلومات اللازمة بالنسبة إلى العقد الذي تم إبرامه[٢].

ب ـ استغلال هذا الضعف النفسي: والجدير بالذكر أنه لا يكفي مجرد التحقق من قيام حالة الطيش والهوى في المتعاقد، بل يجب أن يكون المتعاقد الآخر قد استغل هذا الضعف فيه، وهذا يقتضي أن يكون المتعاقد الآخر عالماً على الأقل بحالة الضعف هذه. على أنه يكفي ثبوت العلم للاستدلال على وقوع الاستغلال ما دام العقد ينطوي على غبن فاحش أو انعدم فيه المقابل[٣].

وإذا تم العقد بطريق النيابة، فيكفي للطعن في العقد بالاستغلال أن يكون النائب قد استغل هوى المتعاقد الآخر أو طيشه، ولو لم يعلم الأصيل عن ذلك شيئاً[٤].

ويعتبر الاستغلال صادراً من المتعاقد الآخر، ولو كان التأثير على المتعاقد المستغل قد وقع من شخص أجنبي عن العقد، ما دام المتعاقد الآخر يعلم بهذا التأثير فاستفاد منه. مثل ذلك أن يعقد الزوج الطاعن في السن، تحت تأثير زوجته الشابة الهائم بها، عقداً مع قريب لها يهبة فيه بعض ماله، أو عقد معاوض يختل فيه التعادل لصالح ذلك القريب[٥].

أخيراً يجب أن نلفت النظر إلى أنه بين العنصر الموضوعي والعنصر النفسي

---

(١) محكمة التمييز الغرفة المدنية الأولى الهيئة الثانية، قرار رقم ١٢ في ١٦/١/١٩٥٩ مجلة المحامي، سنة ٢٤، ص ٨٩ حيث نصت بأنه «إذا عللت محكمة الاستئناف قرارها القاضي بإبطال البيع بسبب الغبن لوجود تفاوت شاسع بين خمس المبيع وثمنه على أساس ما ثبت من أقوال الشهود أن البائع كان «مبذراً وسكيراً ومقامراً ومرهقاً بالديون»، وأن حالته هذه كانت معروفة للمشتري، فإن هذا التعليل يكون كافياً للحكم بإبطال البيع بسبب الغبن.

(٢) تمييز في ١٤/١٠/١٩٥٧، مجلة المحامي سنة ١٩٥٧ ص ٣٤٠ حيث قضت بأن «كبر سن البائع المصاب بتصلب في الأنسجة الدماغية مما يجعله ضعيف الشخصية والإرادة، إذا اقترن بتغيبه عن بلده مدة طويلة وبعدم اطلاعه مباشرة على حالة عقاراته وتقدير أوضاعها، دليل على عدم خبرته بالنسبة للعقد الذي أقدم على توقيعه».

(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٦ ص ٢٣١.

(٤) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٦ ص ٢٣١.

(٥) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٦ ص ٢٣١.

علاقة سببية، بمعنى أن استغلال أحد العاقدين للضعف النفسي لدى العاقد الآخر هو سبب اختلال التعادل أو انعدام المقابل في العقد. كما أن اختلال التعادل أو انعدام المقابل في العقد هو نتيجة استغلال أحد العاقدين لهذا الضعف النفسي لدى العاقد الآخر.

ثالثاً: جزاء الاستغلال

ـ في القانون المصري:

وهنا سنجد أن لجزاء الاستغلال طبيعة خاصة، حيث إنه يعطي للعاقد المستغل الحق في طلب إبطال العقد أو إنقاص التزاماته بدلاً من طلب الإبطال، كما أن للمتعاقد الآخر في عقود المعاوضة أن يتوقّى الحكم بإبطال العقد إذا عرض زيادة في التزاماته لرفع الغبن. كما أن دعوى الاستغلال يجب أن ترفع خلال مدة سنة من وقت إبرام العقد[1]. فلنعرض لكل هذه النقاط تفصيلاً:

١ ـ **الجزاء: إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات الباهظة:** يتميز الاستغلال عن عيوب الرضى الأخرى بأحكام خاصة فيما يتعلق بالجزاء الذي يترتب عليه. وهذا الجزاء قد يكون إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات الباهظة التي يتحملها العاقد الذي وقع ضحية الاستغلال إلى الحد الذي ينتفي به أثر الاستغلال. وعلى ذلك يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: أن يطالب العاقد الذي وقع عليه الاستغلال بإبطال العقد:

وفي هذه الحالة القاضي يملك سلطة تقديرية واسعة:

(١) فهو إما أن يجيب المتعاقد المغبون إلى طلبه وذلك إذا وجد أن الاستغلال معيب للإرادة إلى حد أنه أفسد الرضى، أي إذا كان المتعاقد لم يكن ليبرم العقد لولا هذا الاستغلال.

على أنه إذا كان العقد معاوضة، فيجوز للمتعاقد الذي صدر منه الاستغلال أن يتوقى الحكم بإبطال العقد، إذا عرض زيادة في التزاماته هو يراها القاضي كافية لرفع

---

(١) م ١٢٩ مدني مصري، م. ١٣٠ سوري، ١٢٥ عراقي.

الغبن. كما لو عرض المشتري الذي استغل البائع زيادة في الثمن ترفع الغبن عن البائع. ومقدار الزيادة الذي يكفي لرفع الغبن يرجع إلى تقدير القاضي. وهذه السلطة التقديرية لا رقابة لمحكمة النقض عليها. وبصفة عامة لا يجوز للقاضي أن يزيد التزامات المتعاقد الذي صدر منه الاستغلال إلا بناءً على طلبه. وعلى ذلك فإنه لا يجوز أن يقضي بها بناءً على طلب المتعاقد الذي وقع عليه الاستغلال.

(٢) وقد يرى القاضي أن الرضى لم يفسد إلى هذا الحد، ووجد أن إنقاص الالتزامات الباهظة كافٍ لرفع الغبن الذي يقع على العاقد المغبون. وفي هذه الحالة يبقى العقد قائماً وتنقص الالتزامات الباهظة إلى الحد الذي ينتفي معه أثر الاستغلال والقاضي لا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض.

الفرض الثاني: أن يطالب ابتداء المتعاقد الذي وقع عليه الاستغلال بإنقاص التزاماته بدلاً من طلب الإبطال. وفي هذه الحالة لا يجوز للقاضي أن يحكم بإبطال العقد وإلا يكون قد قضى بما لا يطلبه الخصوم وهذا ممتنع عليه.

والقاضي ينقص التزام الطرف المغبون إلى الحد المعقول الذي يزيل الاختلال الفادح بين التزامات الطرفين. فإذا كان المشتري مثلاً هو المغبون فإن القاضي ينقص الثمن إلى القدر الذي يراه كافياً لإزالة الاختلال الفادح. وهذا أمر متروك لتقدير القاضي على ضوء الظروف والملابسات.

٢ ـ سقوط دعوى الاستغلال: يوجب القانون أن ترفع دعوى الاستغلال. سواء طلب فيها الإبطال أو الإنقاص «خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة».

وفي هذا يختلف الاستغلال عن سائر عيوب الرضى التي تتقادم دعوى الإبطال فيها بأقل المدتين، ثلاث سنوات من وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه، أو خمس عشرة سنة من وقت انعقاد العقد.

ومدة دعوى الاستغلال مدة سقوط لا مدة تقادم، فلا تقبل الوقف أو الانقطاع وذلك على عكس سائر عيوب الرضى. وهذه المدة، وهي سنة واحدة، يبدأ سريانها من وقت انعقاد العقد. وذلك على عكس مدة الثلاث سنوات التي لا يبدأ سريانها إلا من وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه.

وإذا كان المشرّع يهدف من قصر مدة دعوى الاستغلال إلى «حسم النزاع بشأن العقود التي يداخلها الاستغلال، فلا يبقى مصير العقد معلقاً مدة طويلة على دعوى مجال الإدعاء فيها واسع فسيح»[1]، فإن جعل بدء سريان المدة من تاريخ العقد لا سبيل إلى تبريره بأي حال، إذ من شأنه أن يفوّت في الغالب من الأحيان الحماية التي قد المشرّع تحقيقها للمتعاقد الذي وقع عليه الاستغلال. ولذلك فقد كان الأولى أن يسوى بين الاستغلال وبين سائر عيوب الرضى في بدء المدة، فلا تسري مدة السنة الأولى إلا من الوقت الذي يزول فيه العيب، أي من وقت زوال الطيش أو الهوى[2].

- في القانون اللبناني:

لم يفرق المشرع اللبناني فيما يتعلق بالجزاء بين الاستغلال وعيوب الإرادة الأخرى. فالجزاء الذي يترتب على الاستغلال هو إبطال العقد.

وقد يمكن في القانون اللبناني التوصل إلى قواعد قريبة من تلك التي تنص عليها التقنيات العربية الأخرى بتطبيق المبادىء العامة في المسؤولية التقصيرية وفي التعسف في استعمال الحق. فالاستغلال عمل غير مشروع، يجوز على أساسه طلب التعويض، بدلاً من طلب الإبطال باعتباره عيباً في الإرادة. وإذا طلب العاقد المغبون الإبطال فأبدى الطرف الآخر استعداده لرفع الغبن، فقد يعتبر الإصرار على الإبطال تعسفاً في استعمال الحق[3].

والمدة التي يجوز أن ترفع خلال دعوى الاستغلال هي المدة ذاتها المقررة بالنسبة إلى عيوب الإرادة الأخرى، وهي عشر سنوات من وقت انكشاف العيب أو انقطاعه (م ٢٣٥ موجبات وعقود).

---

(١) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، جزء ١ فقرة ٢٠٩ ص ٤٠٤.

(٢) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٥١، ص ١٨٩، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٧ ص ٢٣٥، وانظر تفسيراً آخر للمادة، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٩٠، ص ٤٠١، ٤٠٢..

(٣) إسماعيل غانم، المحاضرات، ص ١٤٤.

المبحث الثاني: المحل (الموضوع)

ـ محل العقد ومحل الالتزام:

تبيّنا، فيما سبق أن للعقد أركاناً ثلاثة لا يقوم بغير توافرها، وهي الرضى والمحل والسبب. وقد انتهينا من الكلام عن الرضا. ونتناول الآن الركن الثاني وهو المحل.

ومحل العقد هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها عن طريق التراضي. ومحل الالتزام هو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن. وهو إما أن يكون إعطاء شيء أو عمل أو امتناع عن عمل. لذلك نصت المادة ١٨٦ موجبات وعقود على أن «الموضوع الحقيقي لكل عقد هو إنشاء الموجبات، على أن هذا الغرض لا ينال إلا إذا كان للموجبات نفسها مواضيع توافرت فيها بعض الصفات».

فإذا كان محل العقد هو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها إلا أن تحقيق هذه العملية القانونية لا يتم إلا عن طريق إنشاء التزامات على عاتق الطرفين أو على عاتق أحدهما. لذلك فإن محل العقد يتحدد بمحل الالتزامات الرئيسية التي تتحقق بها العملية القانونية المقصودة. ففي عقد البيع مثلاً، إن العملية القانونية التي يهدف إليها المتعاقدان من تعاقدهما هي نقل الملكية في مقابل ثمن نقدي. هذه العملية القانونية لا تتحقق إلا عن طريق إنشاء التزام بنقل الملكية على عاتق البائع، والتزام بدفع الثمن على عاتق المشتري.

وبناءً على ما تقدم نجد أن محل العقد هو مجموع محال الالتزامات الناشئة منه أو هو على الأقل محال الالتزامات الرئيسية فيه. ومن ثم فإن الشروط التي يجب توافرها في محل العقد هي ذاتها الشروط التي يستلزمها القانون في محل الالتزامات الناشئة منه. وهذه الشروط تتلخص في ثلاثة:

١ ـ أن يكون المحل ممكناً وموجوداً.

٢ ـ أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين.

٣ ـ أن يكون المحل مشروعاً.

المطلب الأول: إمكان المحل ووجوده

أول شرط يجب توافره في المحل هو أن يكون ممكناً وموجوداً. ولندرس هاتين النقطتين على التوالي:

أولاً: وجوب أن يكون المحل ممكنا

القاعدة في هذا الصدد أنه لا التزام بمستحيل. وعلى ذلك فلا ينشأ الالتزام إلا إذا كان محله ممكناً.

وفي هذا الصدد يجب أن نفرق بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية. لأن الاستحالة المطلقة هي وحدها التي تحول دون نشوء الالتزام وتؤدي إلى بطلان العقد بشرط أن تكون هذه الاستحالة قائمة وقت التعهد بهذا الالتزام. والاستحالة المطلقة هي الاستحالة التي تقوم بالنسبة لجميع الناس، فيكون الالتزام مستحيلاً في ذاته. أما الاستحالة النسبية فهي الاستحالة التي تجعل الالتزام مستحيلاً على المدين وممكناً بالنسبة لغيره، ولذلك فهذه الاستحالة لا تحول دون قيام الالتزام ويكون المدين مسؤولاً عن عدم تنفيذ التزامه. ولذلك نصت المادة ١٩١ موجبات وعقود على أنه «باطل كل عقد يوجب شيئاً أو فعلاً مستحيلاً إذا كانت تلك الاستحالة مطلقة لا يمكن تذليلها». «أما الاستحالة التي لا تكون إلا من جهة المديون فلا تحول دون صحة العقد والموجب الذي لم ينفذ يتحول حينئذ إلى بدل عطل وضرر».

يتضح مما سبق إذن أن الاستحالة التي تحول دون قيام الالتزام وتؤدي إلى بطلان العقد هي الاستحالة المطلقة القائمة وقت التعهد بالالتزام. وعلى ذلك فالاستحالة اللاحقة، ولو كانت مطلقة فهي بداهة لا تمنع من قيام الالتزام حيث إنه قد نشأ من قبل وإن العقد قد انعقد صحيحاً. ولكن الاستحالة المطلقة اللاحقة مع ذلك لا تعدم كل أثر وإنما قد تؤدي إلى انقضاء الالتزام بعد أن وجد، وذلك إذا كانت ناتجة عن سبب أجنبي لا يد للمدين فيه. أما إذا كان المدين نفسه هو الذي تسبب في هذه الاستحالة اللاحقة فإن الالتزام لا ينقضي، ولكن الدائن لن يتيسر له الحصول على تنفيذه عيناً، فيجب التعويض على المدين[1].

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٠ ص ٢٤٠.

وتتنوع الاستحالة المطلقة إلى استحالة طبيعية واستحالة قانونية. والاستحالة الطبيعية هي التي ترجع إلى طبيعة الأشياء، كما إذا التزم شخص بأن يلمس الشمس، أو أن يطير بذات نفسه في الفضاء. والاستحالة القانونية هي التي ترجع إلى سبب في القانون، كما لو تعهد محامٍ برفع استئناف عن حكم غير قابل للاستئناف، أو فات ميعاد استئنافه.

ثانيا: وجوب أن يكون المحل موجودا أو قابلا للوجود

وهذا الشرط لا يقتصر على الالتزام بإعطاء، أي بإنشاء حق عيني على شيء أو نقله، بل هو ضروري كذلك في الالتزام بعمل إذا كان هذا العمل متعلقاً بشيء كما في التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة فلا بد من وجود الشيء حتى يكون الالتزام ممكناً. وقد نصت المادة ١٨٨ موجبات وعقود على أن «عدم وجود الموضوع يستلزم انتفاء وجود العقد».

ويقصد بهذا الشرط أن يكون الشيء موجوداً وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك. والأمر هنا يتوقف على قصد المتعاقدين وقت إبرام العقد.

وعلى ذلك إذا اتجهت إرادة العاقدين إلى التعاقد على شيء موجود فعلاً وقت التعاقد لا على شيء ممكن الوجود، فإنه إذا تبين أن هذا الشيء لم يكن موجوداً وقت التعاقد فإن الالتزام لا يقوم حتى ولو أمكن وجوده في المستقبل. وكذلك يكون الحكم إذا وجد الشيء ثم هلك قبل التعاقد. أما إذا هلك الشيء بعد نشوء الالتزام فإن الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود. ويكون العقد قد انعقد صحيحاً. والحكم في هذه الحالة يتوقف عما إذا كان الهلاك راجعاً إلى خطأ المدين أو راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، ففي الفرض الأول يجب على المدين تنفيذ الالتزام بمقابل، وفي الفرض الثاني ينقضي الالتزام. والجدير بالملاحظة في هذا الصدد أن هذا الحكم قاصر على حالة ما إذا كان الشيء معيناً بالذات، إذ في هذه الحالة فقط يتصور أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى النظر إلى الشيء على أنه موجود وقت التعاقد، أما إذا كان الشيء معيناً بنوعه فحسب فإن البحث في وجوده لا يثور إلا عند تنفيذ الالتزام لا وقت انعقاد العقد[1].

(١) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٠، ص ٢٤٢، عبد الفتاح عبدالباقي، المرجع السابق. فقرة ١٩٨ ص ٤١٤.

على أن إرادة العاقدين قد تتجه إلى التعاقد على الشيء باعتبار أنه سيوجد في المستقبل كما في بيع المنزل أو تأجيره قبل تمام بنائه أو حتى قبل البدء في إقامته، وكما في بيع صاحب المصنع قدراً من مصنوعات مصنعة قبل صنعها، وبيع محصولات الأرض قبل أن تنبت فيما حكم هذه التصرفات؟

الأصل أن التعامل في الأشياء المستقبلة جائز. تنص المادة ١٣١/١ مدني مصري على أنه «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً» وتنص المادة ١٨٨/٢ موجبات وعقود لبناني على أنه «يجوز أن يكون الموضوع شيئاً مستقبلاً»، على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضروباً من التعامل في الشيء المستقبل كما فعل عندما جعل باطلاً رهن المال المستقبل رهناً رسمياً (م ١٠٣٣/٢ مدني مصري) أو رهناً حيازياً (م ١٠٩٨) وقد يحرم جميع ضروب التعامل في نوع خاص من المال المستقبل كما فعل عندما حرم التعامل في التركة المستقبلة كما سوف نرى[١]

وإذا كان التعامل في الأشياء المستقبلة جائز، إلا أنه يشترط أن يكون الشيء قابلاً للوجود في المستقبل. فإذا لم يكن الشيء قابلاً للوجود في المستقبل لا ينشأ الالتزام لاستحالة المحل. ومثال ذلك إذا اتفق على تأجير شقة في طابق علوي من المنزل المزمع بناؤه وكان قانون تنظيم المباني لا يجيز الارتفاع بالبناء الذي اتفق على أن تكون فيه الشقة المؤجرة[٢].

حظر التعامل في التركة المستقبلة:

رأينا أن الأصل هو أنه «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً» «غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون[٣].

وحظر التعامل في التركة المستقبلة قاعدة ترجع في أصلها الأول إلى القانون

---

(١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١. فقرة ٢١٦ ص ٤١١.

(٢) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٠ ص ٢٤٢، ٢٤٣.

(٣) م ١٣١ مدني مصري ويقابل هذا النص المادة ١٣٢ مدني سوري، والمادة ١٣١ مدني ليبي والمادة ١٢٩ مدني عراقي (موافق) والمادة ١٨٨ موجبات لبناني (موافق).

الروماني ومنه انتقلت إلى القوانين الحديثة عن طريق النص عليه صراحة في المجموعة المدنية الفرنسية.

الحكمة من هذا الحظر ترجع إلى التعامل في التركات المستقبلة يتضمن المضاربة على حياة المورث، كما أن هذا الحظر يؤدي إلى تفادي تعجل أصحاب النفوس الضعيفة بالتخلص من حياة صاحب التركة. وهذا الحظر روعي فيه أيضاً مصلحة الوارث الطائش الذي قد يبدد أموال التركة قبل أن يتلقاها، من أجل هذا منع التعامل على تركة مستقبلة حتى ولو رضي المورث. كما أن منع المورث في التعامل في تركته المستقبلة يرجع إلى مخالفته لقواعد الميراث التي هي من صميم النظام العام[1].

والمقصود بالتركة المستقبلة مجموع ما ينتظر أن يتركه شخص، لا زال على قيد الحياة، من حقوق والتزامات عند موته[2].

ونطاق الحظر الذي يقرره القانون يشمل كل تعامل يتم حال حياة الشخص ويكون محله تركته المستقبلة، سواء في مجموعها أو في جزء شائع من هذا المجموع، أو في مال أو دين معين باعتباره أحد عناصرها. كما يستوي أن يكون التصرف قد صدر من الوارث أم من المورث نفسه، وسواء كان المتصرف إليه وارثاً احتمالياً أم أجنبياً.

وعلى ذلك لا يجوز للمورث المحتمل، أن يبيع الأموال التي سوف يتركها عند موته، وإنما يجوز له أن يوصي في الحدود التي يسمح بها القانون، كما أنه لا يجوز له أن يتفق مع أحد ورثته المحتملين على أن يكون نصيبه من التركة أكبر أو أقل من نصيبه القانوني، أو أن يكون لهذا الوارث الحق في أن يحصل على مال معين من أموال التركة يختص به وحده خصماً من حصته الميراثية أو بالإضافة إليها. والحظر في هذه الحالات وغيرها يرجع إلى أن هذه العقود تتضمن تعديلاً في أحكام الميراث، وتعديل أحكام الميراث لا يكون إلا بطريق الوصية وفي الحدود التي رسمها القانون، والوصية تتميز بأنه يجوز الرجوع فيها حتى موت الموصي، فهي لا تنفذ إلا بوفاة الموصي مصراً

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٠٠، ص ٤١٦.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٣٢، ص ٢٤٥.

عليها، كما أنها لا تنفذ في حق الورثة إلا في حدود ثلث التركة وما يجاوز الثلث يتوقف على إقرار الوارثة حتى ينفذ في حقهم. وذلك كله بخلاف العقد الذي يعقده المورث في حال حياته بشأن تركته، فلو صح لما أمكن الرجوع فيه، ولوجب عدم الاعتداد بأية وصية لاحقة تتعارض معه، وهذا تقييد لحرية الإيصاء وقد جعلها القانون من النظام العام[1].

كما لا يجوز للوارث المحتمل أن يبيع أو يرهن أو يؤجر نصيبه الذي يأمل أن يناله من التركة، أو مالاً معيناً منها على اعتبار أنه سيأخذه بالميراث أو بالوصية وسواء في ذلك أصدر التصرف لوارث احتمالي آخر أم أجنبي، وسواء ارتضاه المورث أو لم يرتضه. كما لا يجوز أن يتفق الورثة المحتملون على قسمة تركة مورثهم حال حياته، أو عدم الاعتداد بأي وصية تصدر من المورث لأحدهم ولو كانت نافذة قانوناً.

لكن يجب أن نلفت الانتباه إلى أن نطاق هذا الحظر ينحصر فقط في التصرفات التي ترد في شأن مال، اعتباراً بأنه سيكون من مشتملات تركة مستقبلة لإنسان لا زال على قيد الحياة عند التصرف. وعلى ذلك فليس هناك ثمة ما يمنع من أن يتصرف الشخص في أمواله ولو كلها، إذا ورد التصرف على أنه يسري حال حياته. فيجوز للشخص، مثلاً أن يبيع أو يهب كل أمواله، إذا كان المقصود من البيع أو الهبة أن تسري فوراً لا بعد الممات، وأن تكون هذه التصرفات حقيقية لا صورية، كما أنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتحمل شخص في الحال بالتزام معين، ويتفق مع دائنه على أن يكون الوفاء به عند موت مورثه المحتمل، حيث إن الأمر لا يعدو أن يكون اقتران التزام المدين بأجل حدد بوفاة مورثه المحمتل، ولذلك قد يسقط هذا الأجل قبل حلوله بسبب من الأسباب المسقطة للأجل (م ٢٧٣ مدني مصري، م ١١٣ موجبات وعقود لبناني).

وجزاء حظر التعامل في التركات المستقبلة هو وقوع التصرف باطلاً، ولو تم من المورث المحتمل أو برضاه، والبطلان هنا مطلق، لمخالفة المحل للنظام العام، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك به، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها[2].

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٢ ص ٣٤٨.
(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٠٠ ص ٤١٦.

المطلب الثاني: تعيين المحل أو قابليته للتعيين

الشرط الثاني الذي يلزم توافره في محل الالتزام هو أن يكون معيناً، أو في الأقل قابلاً للتعيين.

ويتحدد معنى هذا الشرط بحسب طبيعة الأداء الذي يلتزم به المدين. وعلى ذلك يجب أن ندرس كيفية تحقق هذا الشرط إذا كان الالتزام بعمل، أو بامتناع عن عمل أو بإعطاء. وقد أشارت المادة ١٨٧ موجبات وعقود إلى هذا التقسيم بنصها على أنه: «يمكن أن يكون الموضوع فعلاً (وهذا موجب الفعل) أو إمتناعاً (وهذا موجب الامتناع) أو انتقالاً لملك أو انشاء لحق عيني (وهذا موجب الأداء).

أولاً: الالتزام بعمل أو امتناع عن عمل

إذا كان محل الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل، فإنه يجب أن يكون ما التزم به المدين معيناً أو قابلاً للتعيين. فإذا تعهد مقاول ببناء منزل فإنه يجب أن تعين أوصاف ذلك المنزل وإلا كان العقد باطلاً. وفي التزام المدين بعدم المنافسة يجب أن يعين فيه موضوع عدم المنافسة وأن يكون هذا الالتزام محدداً بنطاق جغرافي معين وبأجل زمني محدد وإلا وقع باطلاً.

ويكون المحل قابلاً للتعيين، إذا تضمن العقد العناصر الكافية لتعيينه، كأن يذكر أن يالبناء معد لمستشفى تستقبل عدداً معيناً من المرضى أو ملعباً لاستقبال عدد معين من النظارة. فإذا لم يتضمن العقد الأسس التي تمكن من تعيين المحل كان العقد باطلاً.

ثانياً: الالتزام بإعطاء:

والالتزام بإعطاء هو الالتزام الذي يكون محله نقل حق عيني على شيء، أو إنشاء هذا الحق ابتداء. وعلى ذلك فإنه يجب أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابلاً للتعيين. ولدراسة كيفية تحقـق هذا الشرط فإنه يجب أن يميز في هذا الصدد بين الأشياء القيمية أي المعينة بالذات، والأشياء المثلية أي التي تقوم بعضها مقام البعض في الوفاء.

١ ـ إذا كان الشيء معيناً بالذات: وجب تحديد ذاتية الشيء عن طريق وصفها

وصفاً يؤدي إلى التعرف عليها، وتمييزه عن غيره، فبيع المنزل يقتضي تعيين موقعه وذكر أوصافه الأساسية، وبيع الأرض يستلزم تحديد موقعها ومساحتها وتعيين حدودها، وبيع السيارة يوجب بيان نوعها وعلاماتها المميزة.

٢ ـ إذا كان الشيء معيناً بالنوع: أي إذا كان الشيء من المثليات فلا يلزم فيه التعيين بالذات بل يكفي تعيين جنسه ونوعه ومقداره. فيذكر في البيع مثلاً أن المبيع قطن من نوع جيزة ٤٥ وأن مقداره مائة قنطار، أو يذكر أن المبيع قمح من النوع الأمريكي وأن مقداره ألف أردب... وهكذا. في بعض الأحيان يقتصر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار دون أن تذكر درجة الجودة، فهل هذا يؤثر على تعيين المحل؟ الإجابة بالنفي وذلك لأنه إذا لم يتيسر استخلاص الجودة من العرف أو من ظروف التعاقد، وجب أن يكون الصنف متوسطاً، وهذا ما فرضه القانون (م ١٣٣/٢ مدني مصري م ٢٩٩/أ موجبات وعقود لبناني).

الالتزام بدفع مبلغ من النقود:

إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود فهنا أيضاً يجب تعيين نوعها ومقدارها، فيلتزم المدين مثلاً بدفع مقدار معين من الريالات السعودية أو من الدولارات الأمريكية.

والالتزام بدفع مبلغ من النقود له طبيعة خاصة حيث إن قيمة هذه النقود تتعرض للتقلبات، ارتفاعاً أو انخفاضاً، وبالتالي كان لنا أن نتساءل هل المدين يلتزم بدفع المبلغ المحدد والمتفق عليه أم أنه سيؤخذ في الاعتبار تغير قيمة النقود؟

القاعدة في القوانين العربية أنه إذا كان محل الالتزام نقوداً والتزام المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر (م ١٣٤ مدني مصري).

وقد حاول الدائنون الإفلات من هذه القاعدة عن طريق اشتراط استيفاء حقهم بالذهب أو ما يعادل قيمة الذهب من العملة الورقية. وهذا شرط معروف ويسمى «شرط الوفاء بالذهب» ويقصد به الإفلات من تقلبات العملة الورقية ذات السعر الإلزامي، بحيث يضمن الدائن الحصول على القيمة التي قدرت بالذهب في العقد.

وقد صدرت تشريعات في جميع الدول تقريباً تحرم هذا الشرط وتنص على بطلان شرط التعامل بالذهب في المعاملات الداخلية والخارجية على حد سواء[1].

المطلب الثالث: مشروعية المحل

والشرط الثالث والأخير، الذي يلزم توافره في محل الالتزام، هو أن يكون مشروعاً أي جائزاً قانوناً. لكن ما هو المقصود بهذا الشرط؟ المقصود بهذا الشرط أنه «إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً» (م ١٣٥ مدني مصري، م ١٩٢ موجبات وعقود لبناني).

وعلى ذلك فإنه إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني أو إنشائه وجب أن يكون الشيء الذي يرد عليه الحق مما يجوز التعامل فيه. وإذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل، وجب أن يكون هذا العمل أو الامتناع مشروعاً. ولندرس الآن كيف يتحقق هذا الشرط في هذه الالتزامات.

أولاً: الالتزام بإعطاء:

وبالنسبة لهذا الالتزام، سبق أن رأينا أنه يجب أن يكون الشيء الذي يرد عليه الحق مما يجوز التعامل فيه حتى يكون محله مشروعاً. وعلى ذلك إذا كان الشيء الوارد عليه الحق يخرج من التعامل بطبيعته أو بحكم القانون فإن المحل يكون غير مشروع، ويبطل العقد بالتالي. ومن هنا يتضح لنا أن الأشياء التي تخرج عن التعامل نوعان:

١ ـ أشياء تخرج عن التعامل بطبيعتها (م ٨١/ ٢ مدني مصري) وهي الأشياء التي لا يستطيع أحد الاستئثار بحيازتها. مثل الهواء ومياه البحر وأشعة الشمس. فهذه أشياء مشتركة أي يشترك في الانتفاع بها الناس كافة فلا يحول انتفاع أحدهم دون انتفاع الآخرين. والمفهوم بداهة أن هذه الأشياء ينظر إليها في مجموعها فهي التي تستعصي

---

(١) انظر في مصر المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ م، وفي فرنسا القانون الصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٥٨ م و ٤ فبراير ١٩٥٩ م وانظر الخلاف حول نطاق هذين القانونين.

B. Stack, Droit civil, obligations, 1972, no 1413 P. 349 et s.

على الحيازة، إذ لا مانع من الاستئثار بجزء من الهواء المضغوط أو كمية من ماء البحر أو النهر لغرض خاص.

٢ ـ الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون (م ٨١/ ٢ مدني مصري)، وهي الأشياء التي لا يجوز أن تكون محلاً للحقوق المالية، فيكون الالتزام بإنشاء حق عليها التزاماً باطلاً. ويخرج الشيء عن التعامل بحكم القانون في حالتين: الأولى: يخرج الشيء عن التعامل مراعاة للغرض الذي خصص له، مثل الأموال العامة، والأموال الموقوفة، حيث إنه لا يجوز التصرف فيها ولا الحجز عليها أو تملكها بالتقادم. ولكن يجوز إجراء بعض التصرفات المتعلقة بهذه الأموال بشرط ألا تتعارض هذه التصرفات مع الغرض الذي خصصت له، ومثال ذلك منح رخصة لإقامة أكشاك الاستحمام على شاطىء البحر. والحالة الثانية: يخرج الشيء عن التعامل لحكمة يتوخاها القانون، مثل حظر التعامل في المخدرات، الذي يتضمن إخلالاً بالنظام العام، إلا إذا كان لأغراض علمية أو طبية، وبتنظيم قانوني خاص.

ثانيا: الالتزام بعمل أو امتناع عن عمل:

رأينا أن المحل في هذا الالتزام يكون غير مشروع، إذا كان هذا العمل أو الامتناع مخالفاً للنظام العام أو الآداب. كالتزام شخص بقتل آخر أو إتلاف أمواله مقابل مبلغ من النقود، أو التزام شخص بالاستمرار في علاقة غير شرعية بامرأة. وكاتفاق تعاقد شخص مع طبيب على الامتناع عن تقديم المساعدة الطبية لمريض حتى يموت أو الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه أحد المتعاقدين بالامتناع عن مزاولة مهنة معينة امتناعاً مطلقاً (م ٨٣ موجبات وعقود لبناني).

ويتبين لنا من الأمثلة المتقدمة أن الفكرة الأساسية في عدم مشروعية المحل ترتد إلى مخالفته للنظام العام أو الآداب. وليس هنا محل لدراسة فكرة النظام العام والآداب حيث إنه سبق دراستها في نظرية القانون.

خاتمة: محل العقد أو المعقود عليه في الفقه الإسلامي:

يولي الفقه الإسلامي بالغ الاهتمام لمحل العقد، أو المعقود عليه، كما يسمى فيه. فهو يدخل فيما يسميه «أصل العقد» ويترتب على تخلفه البطلان.

ويلاحظ أنه إذا كان اختلاف فن الصياغة القانونية بين الفقه الإسلامي والقانون المعاصر اقتضى نوعاً من الاختلاف في فكرة الالتزام أو المعقود عليه، إلا أنه مع ذلك نجد أن فكرة المعقود عليه في الفقه الإسلامي مماثلة أو تكاد لفكرة المحل في القانون المعاصر، مع استثناء جوهري يمثل اختلافاً أساسياً بينهما، وهو ما يتعلق بالتعامل في الأشياء المستقبلة، حيث يبيحه القانون المعاصر كقاعدة وإن حرمه في حالات معينة، على سبيل الاستثناء، في حين أن الفقه الإسلامي يحظره كقاعدة، وإن أباحه في حالات خاصة، على سبيل الاستثناء[1].

المبحث الثالث: السبب

التعريف بالسبب ودوره:

تمثل نظرية السبب مكاناً هاماً في الدراسات القانونية. وقد استلزم القانون إلى جانب الرضى والمحل، وجود سبب، فالسبب ركن جوهري لا ينعقد العقد بدونه وسوف نقتصر هنا على بيان الخطوط الأساسية في نظرية السبب، حيث إن تفاصيل هذه النظرية يضيق بها نطاق دراستنا.

والسبب كركن من أركان العقد يقصد به الغرض الذي يقصد المتعاقدان إلى تحقيقه، وهذا الغرض هو المحرك لإرادة العاقد.

لكن يلاحظ أن العاقد لا يحرك إرادته غرض واحد بل أغراض متعددة وليست في درجة واحدة، منها ما هو قريب مباشر نلمسه كعنصر داخلي في العقد، كما أنه عنصر غير متغير، أي نجده واحداً في كل نوع واحد من العقود، وهو أيضاً عنصر موضوعي لا يؤثر فيه نوايا العاقد. فمثلاً في عقد البيع نجد أن الغرض القريب المباشر الذي يقصد إليه البائع هو الحصول على الثمن من المشتري، والغرض القريب المباشر الذي يقصد إليه المشتري هو الحصول على الشيء المبيع. وكذلك في عقد الإيجار نجد أن الغرض القريب المباشر الذي يقصد إليه المؤجر هو الحصول على الأجرة من

---

(١) انظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٠٤، ص ٤٢٣ وما بعدها، وانظر في دراسة مقارنة تفصيلية السنهوري، مصادر الحق، جزء ٣ من ص ٦ إلى ص ٢٤٩. وانظر أيضاً دراسة موجزة، محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص ٤٦٨ إلى ٤٧٤.

المستأجر، والسبب القريب المباشر الذي يقصد إليه المستأجر هو الانتفاع بالعين المؤجرة. ففي جميع عقود البيع والإيجـار يكون سبب التزام كل من المشتري والبائع والمؤجر والمستأجر واحداً لا يتغير بالنسبة لكل طائفة من هذه العقود، ويسمى هذا بالسبب القصدي أو السبب القريب المباشر أو السبب المادي المجرد[1].

على أن وراء هذا القصد القريب المباشر غرضاً أو أغراضاً أخرى تختلف باختلاف العاقدين. فالبائع قد يقصد أن يستخدم الثمن في سداد ما عليه من ديون. أو في الإنفاق على علاجه، أو في شراء شيء آخر يريده، أو في لعب القمار. . . إلخ. والمشتري الذي اشترى منزلاً قد يرمي إلى أن يخصصه لسكناه، أو يجعل منه نادياً أو مستشفى أو داراً للدعارة أو القمار، وقد يرمي إلى إعادة بيعه بثمن أغلى مما اشتراه، أو إلى هدمه وبيعه أنقاضاً. . إلخ. والمؤجر قد يقصد أن يستخدم الأجرة في سداد ما عليه، أو الإنفاق على شؤون معيشته، أو في لعب القمار. . . إلـخ. والمستأجر قد يهدف من وراء تأجير المنزل إلى السكنى أو يجعله نادياً، أو داراً للدعارة والقمار. . . إلخ. فالغرض البعيد الذي يقصده العاقد يتعلق بالباعث الذي حمل المتعاقد على إبرام العقد، ومن المعروف أن البواعث التي تحمل الإنسان على إبرام عقد، ما هي إلا بواعث متعددة ومتنوعة ومختلفة من عقد إلى آخر ومن متعاقد إلى آخر. ولذلك فإن الغرض البعيد الذي يقصد إليه العاقد يعتبر عنصراً متغيراً خارجياً عن العقد لا يستمد منه وإنما من نوايا العاقد الخاصة، فهو عنصر ذاتي أو شخصي، ولذلك يسمى بالباعث أو الدافع الفردي، أو الباعث الذاتي[2].

وعلى ضوء ما تقدم لنا أن نتساءل أي من هذين السببين يعتد به في العقد ويعتبر بالتالي ركناً فيه؟

الأقرب إلى المنطق الاعتداد بالسبب القريب المباشر أو السبب القصدي، حيث أنه عنصر منضبط باعتباره عنصراً داخلياً في العقد، موضوعياً غير متغير. وهذا ما ذهبت إليه النظرية التقليدية في السبب.

ولكن هذه النظرية تعرضت للنقد مما أدى هذا إلى تطور القضاء في الاتجاه إلى إقامة اعتبار للباعث الدافع. فلندرس هذه النقاط على التوالي.

---

(١) ويطلق عليه الفقه الغالب اصطلاح «سبب الالتزام». انظر م ١٩٥ موجبات وعقود لبناني.
(٢) ويذهب الفهق الغالب إلى تسميته «بسبب العقد». انظر م ٢٠٠ موجبات وعقود لبناني.

المطلب الأول: النظرية التقليدية

ونعرض باختصار شديد لمضمون النظرية ولشروطها ثم بعد ذلك ندرس الانتقادات الموجهة إلى هذه النظرية وتقييم هذه الانتقادات لنصل بعد ذلك لعرض النظرية الحديثة في السبب.

أولاً: مضمون النظرية التقليدية

ترى النظرية التقليدية أن السبب كركن من أركان العقد هو الغرض القريب المباشر، أو السبب القصدي الذي يسعى المتعاقد إلى تحقيقه من وراء الالتزام[1].

والسبب بهذا المفهوم نجده عنصراً داخلياً في العقد ذاته، وهو عنصر موضوعي لا تؤثر فيه نوايا العاقد، وهو عنصر غير متغير حيث إنه واحد في كل نوع واحد من العقود. ولنتحقق من ذلك نعرض لكل طائفة من طوائف العقود للوقوف على السبب بهذا المعنى.

١ ـ **ففي العقود الملزمة للجانبين،** ترى النظرية التقليدية في التزام كل متعاقد سبباً لالتزام المتعاقد الآخر. ففي البيع مثلاً يعتبر سبب التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه هو التزام المشتري بدفع الثمن، ويعتبر سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه.

٢ ـ **وفي العقود الملزمة لجانب واحد،** إن كانت معاوضة، يكون السبب هو الالتزام السابق سواء كان مدنياً أو طبيعياً. كما لو تسبب شخص بخطئه في الإضرار بالغير، فاتفق مع المضرور على أن يدفع له مبلغاً من النقود وفاء بحقه في التعويض. وقد يكون الالتزام السابق التزاماً طبيعياً فيتعهد المدين بوفائه، فينشأ عن عهد التعهد التزام مدني سببه هو الالتزام الطبيعي السابق.

٣ ـ **وفي العقود العينية** (كالقرض والعارية ورهن الحيازة والوديعة) في ظل القانون الفرنسي، وهي العقود التي يلزم فيها التسليم لذات قيامها. السبب في تلك العقود هو واقعة التسليم، فسبب التزام المقترض بدفع القرض مثلاً، هو سبق تسلمه

---

(١) V, J. FLOUR, J. LUC AUBERT. Droit civil, les obligation, V. I.
L'acte jridique 1975, No. 257, p. 186 e t. s.,
V. aussi Ph. MALAURIE, 1.. AYNES, Droit civil, les obligations, 1985, No. 318 P. 228 et. s.

هذا المبلغ من المقرض. وكذلك الأمر بالنسبة للمودع لديه... وهكذا.

٤ ـ في عقود التبرع، سبب الالتزام في هذه العقود هو نية التبرع ذاتها. فسبب التزام الواهب مثلاً هو النية التي تحدوه في أن يتبرع للموهوب له، أي قصد تحقيق فائدة للمتبرع له بغير مقابل. ولذلك نصت المادة ١٩٥ موجبات وعقود لبناني على أن «سبب الموجب يكون في الدافع الذي يحمل عليه مباشرة على وجه لا يتغير وهو يعد جزءاً غير منفصل عن العقد، كالموجب المقابل في العقود المتبادلة والقيام بالأداء في العقود العينية ونية التبرع في العقود المجانية، أما في العقود ذات العوض غير المتبادلة فالسبب هو الموجب الموجود من قبل مدنياً كان أو طبيعياً».

ثانياً: شروط السبب في النظرية التقليدية

تشترط النظرية التقليدية في السبب بالمفهوم السابق ثلاث شروط[1].

١ ـ أن يكون موجوداً. ٢ ـ أن يكون صحيحاً. ٣ ـ أن يكون مشروعاً وسنتناول باختصار هذه الشروط الثلاثة:

١ ـ شرط وجود السبب: لا بد من وجود السبب حتى يقوم العقد. ففي عقد التبرع لا بد من وجود نية التبرع، فإن لم توجد انعدم السبب وبطل العقد. وفي العقود العينية لا بد من وجود واقعة التسليم، فإذا تعهد المقترض برد قيمة القرض ولم يتسلمه بطل تعهده لعدم وجود سبب لالتزامه. وكذلك في العقود الملزمة، لجانبين إذا لم يوجد الالتزام المقابل، كأن يكون باطلاً لأي سبب من الأسباب، كان الالتزام الآخر بدون سبب وبطل العقد. وإذا كان عقد معاوضة ملزماً لجانب واحد، يكون الالتزام بغير

(١) في القانون اللبناني ينص صراحة على هذه الشروط الثلاثة. فنجد نص المادة ١٩٦ موجبات وعقود ينص على «أن الموجب الذي ليس له سبب أو له سبب غير صحيح أو غير مباح يعد كأنه لم يكن ويؤدي إلى اعتبار العقد الذي يعود إليه غير موجود أيضاً. وما دفع يمكن استرداده».
وتنص المادة ١٩٧ موجبات وعقود على أن «يكون السبب غير صحيح إذا التزم فريق أمراً بسبب وهمي كأن يعتقد خطأ أنه موجود».
«إن السبب الظاهري لا يكون في الأساس مفسداً بنفسه للعقد بل يبقى العقد صحيحاً إذا كان السبب الحقيقي للموجب مباحاً». وتنص المادة ١٩٨ موجبات وعقود على أن «السبب غير المباح هو الذي يخالف النظام العام والآداب وأحكام القانون الإلزامية».

سبب إذا كان الالتزام الذي قصد المدين الوفاء به لا وجود له، فالاتفاق الذي يتعهد شخص لآخر بأن يدفع له مبلغاً من النقود تعويضاً عن ضرر يعتقد أنه مسؤول قانوناً عن تعويضه، يكون باطلاً لعدم وجود السبب إذا تبين أنه في الحقيقة غير مسؤول.

٢ ـ شرط صحة السبب: يشترط في السبب وفقاً للنظرية التقليدية أن يكون صحيحاً. ويكون السبب غير صحيح في حالتين:

الحالة الأولى: السبب الموهوم أو المغلوط وهو في الواقع سبب لا وجود له، كاتفاق مدين مع دائن على تجديد الدين ثم تبين أن الدين القديم قد انقضى بالوفاء، أو تخارج وارث مع شخص يعتقد أنه وارث معه ثم يتضح أنه ليس بوارث.

الحالة الثانية: حالة السبب الصوري. وهو سبب يخفي سبباً آخر حقيقياً ستره المتعاقدان. كأن يستر المتعاقدان الهبة في صورة عقد بيع. والصورية ليست في ذاتها سبباً لبطلان العقد إلا إذا قصد منها ستر أمر غير مشروع. وعندئذ تكون علة البطلان هو عدم المشروعية لا الصورية. وفي حالة الصورية المطلقة، وهي التي لا يوجد فيها سبب حقيقي بالمرة. كأن يبيع رجل لزوجته مالاً من أمواله بقصد تهريبه من دائنيه، ويتفقا فيما بينهما على أن لا أثر لهذا البيع. وعندئذ يكون العقد منعدماً ولا ينشأ عنه التزام لعدم وجود سبب الالتزام. وعلى ذلك يمكننا أن نقرر أن السبب غير الصحيح لا يترتب عليه بطلان العقد، إلا حيث يكون السبب غير موجود، أو كان السبب الحقيقي غير مستوفٍ لشروطه القانونية.

٣ ـ شروط مشروعية السبب: تشترط النظرية التقليدية، فضلاً عن وجود السبب وصحته، أن يكون مشروعاً. ويكون السبب غير مشروع إذا خالف النظام العام أو الآداب. ومثال ذلك إذا تعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة مقابل مبلغ من المال يأخذه منه. فالتزام الشخص الأخير بدفع مبلغ من المال محله مشروع، ولكن سببه، وهو التزام الشخص الأول بارتكاب الجريمة، غير مشروع، ولذا يبطل الالتزام وبالتالي العقد لعدم مشروعية السبب. والواقع أننا إذا دققنا النظر في هذا المثال لوجدنا أن العقد في هذه الحالة يبطل لعدم مشروعية محل التزام الطرف الأول وهو ارتكاب الجريمة.

ثالثاً: النقد الموجه للنظرية التقليدية وتقديره

قد استهدفت النظرية التقليدية للنقد من ناحيتين، فقد أخذ عليها أنها غير صحيحة وغير منطقية، ومن ناحية أخرى أنها غير مفيدة ويمكن الاستغناء عنها.

١ ـ فأما أنها غير صحيحة وغير منطقية. فإن الأمر يتجلى لو استعرضنا فكرة السبب في تقسيمات العقود التي تناولتها هذه النظرية:

أ ـ ففي العقود الملزمة للجانبين، رأينا أن التزام أحد المتعاقدين هو سبب التزام المتعاقد الآخر. أي أن التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه هو سبب التزام المشتري بدفع الثمن، والعكس بالعكس. وهذا الأمر غير صحيح، وغير منطقي حيث إن الالتزامين يوجدان في وقت واحد من عقد واحد فكيف يتسنى لنا القول إن أحدهما سبب للآخر، والسبب يجب أن يسبق المسبب.

في الحقيقة لو نظرنا إلى هذا النقد نجد أنه قائم على غير أساس حيث لا توجد استحالة منطقية تحول دون التزام كل من الطرفين سببه الالتزام المقابل لأن المنطق لا يحتم أن يسبق السبب المسبب إلا بالنسبة للسبب المنشىء، أي لمصدر الالتزام. أما السبب القصدي، أي القريب المباشر، الذي يقصد إليه الملتزم من وراء التزامه فليس من اللزوم المنطقي أن يسبق الالتزام، بل يصح أن يتعاصر معه، فكل من المتعاقدين ينظر ويدخل في اعتباره أنه يلتزم للحصول على الالتزام المقابل وهذا هو السبب[١].

ب ـ في العقود العينية. النظرية التقليدية تخلط بين السبب كمصدر للالتزام والسبب كعنصر في الالتزام. فالتسليم ليس هو السبب القصدي لالتزام المستلم بالرد، بل هو السبب المنشىء ومصدر الالتزام، حيث إن التسليم هو ركن في العقد العيني.

وهذا النقد قائم على أساس، ولذلك حاول أنصار نظرية السبب دفع هذا الاعتراض بالقول بأنه إذا كانت هذه العقود عقود عينية من حيث الصياغة إلا أنها عقود رضائية ملزمة للجانبين من حيث الطبيعة. ففي القرض مثلاً يوجد التزامان، التزام على المقرض بتسليم مبلغ القرض والتزام على المقترض برد مثله، وعلى ذلك يكون سبب التزام المقترض بالرد هو التزام المقرض بالتسليم، وهذا ما أخذت به النظرية الحديثة.

---

(١) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٢٤٢ ص ٣٢٢.

جـ ـ في عقد التبرع ليست نية التبرع هي سبب التزام المتبرع، ولكنها في الواقع رضاؤه، ولا يجوز الخلط بين السبب، والرضى، بين القصد والإرادة المنشئة للعقد.

في الحقيقة أن هذا النقد ليس في محله حيث إن إرادة المتبرع يمكن تحليلها إلى عنصرين: فهناك أولاً: إرادة المتبرع، وهو الواهب مثلاً، في أن يلزم نفسه بنقل ملكية شيء ما، وهذا هو الرضى، وهناك ثانياً: إرادته في عدم تلقي أي مقابل، وهذه هي نية التبرع، وهذا هو السبب.

٢ ـ **أما أنها غير مفيدة**: من حيث إنه يمكن الوصول إلى بطلان العقد، في الحالات التي يقوم فيها البطلان على عدم وجود السبب أو عدم صحته أو عدم مشروعيته، على أساس اختلال ركن آخر في العقد.

أ ـ ففيما يتعلق بعدم وجود السبب أو عدم صحته، ففي العقود العينية، إذا لم يقع التسليم، فلسنا في حاجة إلى القول بأن السبب غير موجود ما دام العقد لم ينشأ لتخلف شرط لانعقاده، وركن فيه وهو التسليم.

وفي التبرعات لا يتصور عدم وجود نية التبرع. اللهم إلاّ إذا افترضنا أن المترع مجنون فاقد الإرادة، أو أنه وقع في غلط في ماهية العقد، فأبرم تبرعاً وهو ويعتقدأنه يبرم عقد معاوضة، فعندئذ تنتفي نية التبرع. ولكننا هنا لسنا في حاجة إلى القول بعدم وجود السبب، بل يكفي القول ببساطة أن الرضى مفقود، فيبطل العقد لانعدام الرضي[1]. أما بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين أنه يبدو أنه لا يمكن الاستغناء فيها عن شرط وجود السبب، ولكن معارضي نظرية السبب يستغنون عن فكرة وجود السبب بفكرة الارتباط المتبادل بين الالتزامات المتقابلة.

في الحقيقة إن هذا النقد فيه جانب من الصحة وخاصة بالنسبة للعقود العينية. أما فيما يتعلق بالسبب في التبرعات فإن نية التبرع لها أهمية كبرى إذ على أساسها يمكن التمييز بين عقود التبرع وعقود المعاوضة. فوجود هذه النية هو الذي يميز لنا بين عقد البيع والهبة بشرط العوض، فإذا اشترط عوض للهبة كان أقل بشكل ملحوظ عن قيمة الموهوب احتفظت الهبة بوصف الهبة ولم تنقلب إلى عقد معاوضة، لوجود

(١) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٢٤١، ص ٣٢١.

نية التبرع. أما بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين لا يمكن الاستغناء عن شرط وجود السبب. فكل من المتعاقدين إنما يلتزم بقصد الحصول على المقابل، أي على التزام الطرف الآخر. وهذه النظرية هي التي تفسر لنا ما بين التزام الطرفين من ارتباط، ذلك الارتباط الذي لا ينكره خصوم النظرية، كما أن هذه النظرية هي التي تفسر لنا نظام الدفع بعدم التنفيذ وفسخ العقد لعدم التنفيذ، وتحمل التبعة إذا استحال تنفيذ أحد الالتزامين بسبب أجنبي.

ب ـ أما فيما يتعلق بعدم مشروعية السبب فإنه يمكن أن نستغني عنها بعدم مشروعية المحل، إذ تختلط عدم مشروعية السبب بعدم مشروعية المحل، كما يمكن أن نستغني عنها لعدم وجود السبب. ففي العقود الملزمة للجانبين إذا كان محل التزام أحد المتعاقدين غير مشروع وبالتالي لا ينشأ التزامه، فإن الالتزام المقابل لا ينشأ هو الآخر لعدم وجود السبب، وفي عقود التبرع لا يتصور أن تكون نية التبرع ـ وهي سبب الالتزام ـ غير مشروعة لأن نية التبرع مجرد إرادة لا يمكن أن توصف بعدم المشروعية إلا إذا أدخلنا البواعث الحافزة لها.

وهذا النقد في محله حيث إن السبب في النظرية التقليدية وهو سبب مجرد وموضوعي لا يمكن أن يكون إلا مشروعاً، وبالتالي لا يمكن أن يوصف بعدم المشروعية. فالتزام المشتري بدفع الثمن وهو سبب التزام البائع بنقل ملكية وتسليم المبيع لا يمكن أن يكون غير مشروع. وكذلك التسليم في العقود العينية، ونية التبرع في عقود التبرع فهي دائماً مشروعة.

والخلاصة فيما يتعلق بشروط السبب نرى أنه لا يبقى مفيداً في النظرية التقليدية سوى شرط وجود السبب.

رابعا: ضرورة النظرية التقليدية وعدم كفايتها

النظرية التقليدية للسبب، بمعنى الغرض القريب المباشر، السبب القصدي، واشتراط وجوده تؤدي إلى حماية المتعاقد. حيث إنه لا يتصور أن يلتزم متعاقد دون أن يكون لهذا الالتزام سبب. وعلى ذلك فإن لم يتحقق الغرض القريب المباشر الذي يسعى إليه المتعاقد كان العقد باطلاً.

لكن هذه النظرية اعتراها قصور شديد، وذلك لإهمالها التام والكامل للبواعث

وعدم أخذها في الاعتبار لتقدير صحة أو بطلان العقود. ولهذا وجدت طوائف من العقود يتوافر فيها السبب طبقاً للنظرية التقليدية وبالتالي تعتبر صحيحة في الوقت الذي تضر فيه هذه العقود بالمجتمع ضرراً بالغاً وذلك لعدم مشروعية البواعث إليها. وبالتالي عجزت النظرية التقليدية للسبب من تحقيق الحماية الاجتماعية من مثل هذه العقود. فكيف السبيل إلى تقرير بطلان عقد بيع منزل أو تأجيره لو كان المشتري أو المستأجر يرمي إلى إعداده كدار للدعارة أو للعب الميسر، ما دمنا نقتصر في السبب على الغرض القريب المباشر؟ لقد التزم البائع بنقل الملكية أو المؤجر بالتمكين من الانتفاع، والتزام المشتري أو المستأجر بدفع الثمن أو الأجرة، فتحقق سبب كل من الالتزامين، ومحل كل منهما مشروع في ذاته، فيكون العقد صحيحاً ما دمنا لا نمد البصر إلى ما وراء الغرض القريب المباشر، إلى الباعث الذي دفع المشتري أو المستأجر إلى الشراء أو الاستئجار. ومن هنا بدأت في الظهور النظرية الحديثة للسبب.

المطلب الثاني: النظرية الحديثة للسبب

ولدراسة النظرية الحديثة للسبب يجب أن نعرض لمضمونها ولشروطها.

أولاً: مضمون النظرية:

اتضح لنا مما سبق ضرورة النظرية التقليدية ولكن في الوقت نفسه عدم كفايتها، ولذلك لم يقف القضاء عند الحوجز التي أقامتها النظرية التقليدية بين السبب القصدي والسبب الدافع أو الباعث، بل أقام وزناً للبواعث إلى جانب السبب القريب المباشر، أو السبب القصدي، وذلك ليحقق التوازن المطلوب بين الحماية الفردية والحماية الاجتماعية.

لكن قد ثارت مشكلة هامة وهي أن بواعث الإرادة التعاقدية كثيرة ومتنوعة، فهل يعتد بكل باعث منها، فإذا كان أحد بواعثها غير مشروع كان الالتزام باطلاً؟.

من الواضح أن تقصي كل بواعث الإرادة، وهي عديدة ومتنوعة، يؤدي إلى إهدار استقرار التعامل. فماذا فعل القضاء ليحقق الحماية الاجتماعية دونما إهدار لاستقرار التعامل؟

ذهب القضاء إلى أنه لا يعتد من البواعث إلا بالباعث الرئيسي الدافع على التعاقد La Cause impulsive et déterminante أما البواعث الثانوية والبعيدة فليس لها وزن. واشترط القضاء أن يكون هذا الباعث مشروعاً وأن يكون معلوماً من الطرف الآخر في عقود المعاوضة. فلندرس الآن شروط النظرية.

ثانيا: شروط السبب في النظرية الحديثة:

إذا كانت النظرية الحديثة لا تعتد إلا بالباعث الرئيسي الدافع على التعاقد، إلا أنها اشترطت كذلك أن يكون هذا الباعث مشروعاً وأن يكون معلوماً من الطرف الآخر في عقود المعاوضة. لنعرض لهذين الشرطين بالتفصيل على النحو التالي:

١ - يشترط أن يكون الباعث الرئيسي الدافع على التعاقد مشروعاً:

سبق أن رأينا أن الشرط الوحيد في السبب القصدي، أي القريب المباشر، هو شرط أن يكون موجوداً، أما شرط مشروعيته فيمكن الاستغناء عنه على النحو السابق بيانه. والعكس بالنسبة للباعث الرئيسي الدافع على التعاقد يجب أن يكون مشروعاً، ولا معنى لاشتراط وجوده.

ولا معنى لاشتراط وجود الباعث الرئيسي الدافع على التعاقد، ذلك أن الباعث موجود دائماً، فلا يتصور أن يقدم شخص على إبرام عقد دون أن يكون لديه باعث يدفعه إليه، وإلا كان مجنوناً أو مسلوب الإرادة، وعندئذ يبطل العقد لانعدام الرضى لا لعدم وجود البعث. وغاية ما هناك أن المتعاقد قد يقع في غلط في الباعث، وجزاء الغلط في الباعث هو قابلية العقد للإبطال لا البطلان المطلق. وذلك على خلاف ما رأينا من أن الغلط في وجود سبب الالتزام يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً[1].

ومن ناحية أخرى فقد يذكر في العقد باعث مخالف للباعث الحقيقي. وهنا لا يوجد غلط في الباعث، وإنما يقصد المتعاقدان إخفاء الباعث الحقيقي فنحن هنا بصدد صورية في الباعث. وعلى القاضي في هذه الحالة البحث عن الباعث الحقيقي الذي دفع المتعاقدين إلى التعاقد وعمّا إذا كان هذا الباعث باعثاً مشروعاً لا مخالفة فيه للنظام العام أو الآداب. فصورية الباعث المذكور في العقد ليست سبباً لبطلانه، ما دام

(١) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٢٤٧، ص ٣٣١.

الباعث الحقيقي باعثاً مشروعاً[1].

٢ ـ يشترط علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع في عقود المعاوضة:

إذا كان الباعث الرئيسي الذي دفع أحد العاقدين إلى إبرام العقد غير مشروع، فهل يكفي ذلك لبطلان العقد؟ أم هل يشترط أن يكون الباعث غير المشروع مشتركاً بين العاقدين، أو على الأقل إذا انفرد به أحدهما أن يعلم به الآخر؟

إن مبدأ بطلان العقد لعدم مشروعية الباعث يجب أن يتقيد بالحدود التي تكفل عدم زعزعة استقرار التعامل.

على أن ضرورة تحقيق الاستقرار في التعامل لا تقتضي أن يشترط لبطلان العقد أن يكون الباعث غير المشروع مشتركاً. فلا خطر على استقرار التعامل من أن يبطل العقد إذا كان الباعث الذي دفع أحد العاقدين إلى إبرامه باعثاً غير مشروع، وكان العاقد الآخر عالماً بهذا الباعث، ولو لم يكن قد اشترك فيه[2].

لذلك استقر القضاء على أنه يجب أن يكون الباعث غير المشروع الذي قام عند أحد طرفي العقد معلوماً من الطرف الآخر. ولكنه قصر هذه القاعدة على المعاوضات دون التبرعات.

وعلى ذلك ففي التبرعات يبطل العقد ولو لم يعلم المتبرع إليه بالباعث غير المشروع الذي عند المتبرع. فاستقرار التعامل لا يتأثر إذا نحن أبطلنا عقود التبرع لعدم مشروعية الباعث الذي دفع المتبرع إلى تبرعه، إذ إنه لن يترتب عليه سوى حرمان المتبرع من فائدة لم يؤد عنها أي مقابل[3]. وتطبيقاً لذلك إذا وهب الشخص لامرأة مالاً معيناً وكان باعثه الدافع إلى تلك هو إقامة علاقة غير مشروعة، فإنه في هذه الحالة يجوز للواهب أن يطالب بالحكم ببطلان الهبة سواء كانت الموهوب لها تعلم أو لا تعلم بعدم مشروعية الباعث الذي دفع العاقد الآخر إلى التعاقد.

---

(١) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٢٤٧، ص ٣٣١.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٨، ص ٢٧٠، ٢٧١.

(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٨، ص ٢٧١، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٢٤٩، ص ٣٣٣، وقارن عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢١١، ص ٤٤٢.

وعلى العكس فإن عقود المعاوضة وهي غالبية عقود التعامل تستدعي حماية واستقراراً لذلك لا يجوز أن يحتج فيها على المتعاقد بالباعث غير المشروع الذي قام لدى المتعاقد الآخر، توصلاً إلى بطلان العقد إضراراً به، إلا إذا كان يعلم به، وحتى لا يفاجأ ببطلان لم يكن يشارك فيه ولا يدرك سببه، أما إذا كان العاقد حسن النية نفسه هو الذي يطلب الحكم بالبطلان بعد أن اكتشف عدم مشروعية الباعث الدافع للعاقد الآخر، فلا يكون هناك من مبرر لرفض طلبه[1].

وتطبيقاً لذلك إذا اشترى شخص منزلاً وكان الباعث الدافع إلى التعاقد هو إعداده كدار للدعارة أو للعب الميسر. ففي هذه الحالة لا يجوز للمشتري المطالبة بالحكم ببطلان عقد البيع لعدم مشروعية الباعث الدافع إلى التعاقد إلا إذا كان البائع عالماً به. على العكس من ذلك إذا طالب البائع بالحكم ببطلان العقد بعد أن اكتشف عدم مشروعية الباعث الدافع للعاقد الآخر، فلا يكون هناك مبرر لرفض طلبه.

نخلص من كل ما تقدم أنه يجب الاعتداد بسبب الالتزام وسبب العقد معاً في الحدود السابق بيانها وهذا الازدواج أخذ به قانون الموجبات والعقود اللبناني. هذا ما يجب الأخذ به في ظل القانون المدني الحالي[2].

المطلب الثالث: إثبات السبب

وفي هذا الصدد لا بد أن نعرض لعبء الإثبات، ثم بعد ذلك لطرق الإثبات.

أولاً: عبء الإثبات:

إذا قام نزاع حول وجود السبب أو مشروعيته، فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المدين، عليه أن يثبت عدم وجود السبب أو مخالفته للنظام العام أو الآداب. وفي هذا الصدد يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: إذا تضمن السند ذكراً لسبب الالتزام، وهذه هي الحالة الغالبة.

---

(١) عبد لمنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٢٥٠، ص ٣٣٣، ٣٣٤، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٨، ص ٢٧١.

(٢) انظر عكس ذلك السنهوري، الوسيط، جـ١، فقرة ٢٨٩، ٢٩٢، ٢٩٣.

ففي العقد الملزم للجانبين، حيث يكون سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر، ويكون السبب مذكوراً في السند بطبيعة الحال، حيث ينص السند على التزامات كل من الطرفين وكثيراً ما يذكر السبب كذلك في العقد الملزم لجانب واحد، فيتضمن السند مثلاً تعهد المدين بدفع مبلغ من النقود للدائن ويذكر فيه أن سبب ذلك التعهد هو أن المدين قد سبق أن قبض هذا المبلغ من الدائن على سبيل القرض، والعبارة الدارجة في ذلك هي عبارة «القيمة وصلتنا نقداً»، أو أنه وفاء بدين نفقة مقرر قانوناً أو أنه وفاء بالتزام طبيعي أو أنه على سبيل التبرع[1].

فإذا ادعى المدين أن السبب المذكور في السند غير صحيح، كان عليه عبء الإثبات، فإذا أثبت المدين صورية السبب المذكور في السند، انتقل عبء الإثبات إلى الدائن، عليه أن يثبت أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً.

الفرض الثاني: أن السند لا يتضمن سوى تعهد المدين دون أن يذكر سبباً لالتزامه. كما لو تعهد المدين بدفع مبلغ من النقود دون أن يذكر في السند أنه على سبيل التبرع أو أنه وفاء بقرض أو ثمناً لمبيع أو غير ذلك. وعدم ذكر السبب لا يؤدي إلى بطلان الالتزام. ذلك أنه وإن كان السبب ركناً في الالتزام، بحيث لا ينشأ الالتزام إذا لم يوجد له سبب، فإن ذكر السبب ليس شرطاً شكلياً يجب أن يتضمنه السند وإلا كان الالتزام باطلاً. بل القانون يفترض أن للالتزام سبباً صحيحاً مشروعاً ولو لم يذكر سببه. ويقع على المدين عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته[2].

وهذا ما نصت عليه المادة ١٣٧ مدني مصري بقولها: «كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك». «ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتي يقوم الدليل على ما يخالف ذلك. فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه».

كما نصت المادة ١٩٩ موجبات وعقود لبناني على أن «كل موجب يعد مسنداً إلى سبب حقيقي مباح وإن لم يصرح به في العقد» «والسبب المصرح به يعد صحيحاً إلى

(١) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٩، ص ٢٧٢.
(٢) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٩، ص ٢٧٢، ٢٧٣.

أن يثبت العكس» «وإذا أقيم البرهان على عدم صحة السبب أو عدم إباحته فعلى الفريق الذي يدعي وجود سبب آخر مباح أن يثبت صحة قوله».

ثانيا: طرق الاثبات

وفي صدد طرق الإثبات يجب أن نفرق أيضاً بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان سند الالتزام قد تضمن ذكر سببه، فادعى المدين أن السبب المذكور سبب صوري، وجب عليه الإثبات بالكتابة، إذ القاعدة أنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة.

أما إذا كان المدين ادعى أن السبب المذكور في السند يستر سبباً غير مشروع، فتكون الصورية قد اتخذت وسيلة للتحايل على القانون، والقاعدة هو جواز إثبات التحايل على القانون بجميع طرق الإثبات. وكذلك الحال بالنسبة إلى السبب المغلوط حيث إن الغلط واقعة مادية.

وإذا اقتصر المدين على إثبات صورية السبب المذكور في السند، انتقل عبء الإثبات إلى الدائن، وللدائن أن يثبت أن للإلتزام سبباً آخر حقيقياً بجميع طرق الإثبات، ولو زادت قيمة الالتزام عن المبلغ المحدد في القانون، ذلك أن سند الدين المكتوب يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة تجوز تكملته بالشهادة والقرائن[١].

الفرض الثاني: إذا لم يكن السبب مذكوراً في السند المثبت للالتزام، جاز للمدين أن يثبت عدم وجود السبب بجميع طرق الإثبات، فليس في هذا الإثبات ما يخالف الكتابة كما يجوز له أن يثبت بجميع طرق الإثبات كذلك إذا كان للالتزام سبب غير مشروع[٢].

التصرف المجرد: يلاحظ أخيراً أن هناك من التصرفات ما يسمى بالتصرف المجرد، والمقصود به التصرف الذي يتجرد من السبب، فالدائن يستطيع أن يتمسك بحقه دون أن يستطيع المدين الدفع بإبطاله التصرف لعيب في الإرادة أو ببطلانه لعيب في السبب. ويعتبر التصرف المجرد أداة فعالة من أدوات الائتمان، تمس الحاجة إليها

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٣٠، ٢٧٣، ٢٧٤.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٣٠ ص ٢٧٤.

في التعامل التجاري المتميز بالسرعة. وتظهر أهمية التصرفات المجردة في دروس القانون التجاري، بشأن الكمبيالات والسندات الإذنية والسندات لحاملها[1].

خاتمة المبحث: فكرة السبب في الفقه الإسلامي:

لم يصل فقهاء المسلمين إلى تأصيل السبب على نحو يرتفع به إلى مرتبة الركن اللازم لانعقاد العقد. ومع ذلك فهو ليس غريباً عنهم. فكثير منهم تكلموا عنه تحت اصطلاح النية أو القصد في العقود والتصرفات[2].

وبعد استعراض أقوال الفقهاء يبين لنا أن فقهاء المسلمين عرفوا السبب وتطلبوا مشروعيته، وإلا وقع العقد باطلاً، وإن لم يصلوا، كدأبهم إلى مرحلة التأصيل والتركيز إلى الحد الذي يجعل من السبب ركناً لازماً لقيام العقد، على نحو ما يقول به الفكر القانوني المعاصر، بل إن فقهاء المسلمين نظروا إلى فكرة السبب نظرة بالسعة والشمول، إلى حد أنهم اعتدوا فيه بالباعث الدافع إلى التعاقد، على نحو ما تقول به النظرية الحديثة في السبب، ولا غرو في ذلك ففقهاء المسلمين يستمدون أفكارهم من تعاليم الإسلام التي تقوم على الفضيلة في أعلى مراتبها وعلى الأخلاق الحميدة في أسمى درجاتها[3].

---

(١) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٤٨، ص ٣٧٥.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢١٩، ص ٤٦٠.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢١٩ ص ٤٦٢، وانظر في تفصيل المقارنة بين السبب في الفكر القانوني المعاصر والفقه الإسلامي، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، جزء ٤ ص ٥١ وما بعدها.

الفصل الثاني

جزاء تخلف أحد أركان العقد أو شروط صحته

«نظرية البطلان»

١ ـ تعريف البطلان وتمييزه عما يقاربه من النظم:

سبق أن رأينا أنه لكي ينعقد العقد ويقوم صحيحاً لا بدّ من أن يستجمع أركان انعقاده، رضى ومحل وسبب، وأن يستوفي شرائط صحته، من أهلية لازمة للتعاقد وسلامة الرضى من العيوب. وعندما يتخلف أحد هذه الأركان أو أحد تلك الشروط يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال.

البطلان إذن هو الجزاء القانوني على تخلف ركن من أركان العقد أو عدم توافر شرط من شروط صحته. ويترتب عليه انعدام أثر العقد سواء بالنسبة إلى المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير.

والبطلان بهذا المعنى المحدد نستطيع أن نميزه عمّا قد يشتبه به من نظم قانونية، ونشير بوجه خاص إلى عدم النفاذ من ناحية، والفسخ من ناحية أخرى.

أ ـ التمييز بين بطلان العقد وعدم نفاذه: فالعقد الباطل يوجد فيه عيب في أركان تكوينه أو في شروط صحته، فيجعله عديم الأثر بالنسبة إلى المتعاقدين أو غيرهما. أما العقد غير النافذ، فقد يكون صحيحاً من حيث تكوينه، ومنتجاً لأثره بين عاقديه، لكنه لا ينفذ ولا يسري في حق الأجنبي عن العقد الذي لم يكن شريكاً فيه. مثل ذلك عقد إيجار ملك الغير، الذي يقع صحيحاً بين المتعاقدين من الوجهة الفنية، ولكنه لا ينفذ في حق مالك العقار الذي لم يشترك في التعاقد.

ويبقى هذا العقد غير نافذ في حق المالك إلى أن يقره. أي أن مثل هذا العقد لا

ينفذ في حق المالك إلا بإقراره له.

ب ـ **التمييز بين البطلان والفسخ**: فالبطلان يرجع إلى خلل في تكوين العقد أو في شروط صحته. أما الفسخ فيفترض نشأة العقد صحيحاً مستوفياً لكافة شروطه، ثم يطرأ في مرحلة التنفيذ أن أحد المتعاقدين لا ينفذ التزامه، فيكون للعاقد الآخر إذا كان العقد ملزماً للجانبين أن يتمسك بالفسخ لكي يتحلل مما عليه من التزام. فالفسخ هو جزاء عدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين.

٢ ـ خطة الدراسة:

سنقسم دراسة نظرية البطلان إلى مبحثين، ندرس في المبحث الأول: أنواع البطلان وحالاته، وفي المبحث الثاني: آثار البطلان.

المبحث الأول: أنواع البطلان وحالاته

ويتدرج البطلان من حيث القوة في الأثر بين بطلان مطلق وقابلية للإبطال. ولذلك يجب أن نعرف أساس هذه التفرقة، ثم بعد ذلك نعرض لنطاق كل منهما، ثم أخيراً ندرس أهمية التفرقة بين كل منهما.

المطلب الأول: التفرقة بين البطلان المطلق والقابلية للإبطال

وفي هذا النطاق نعرض لنقطتين على التوالي، الأولى: أساس التفرقة، والثانية نطاق كل منهما.

أولاً: أساس التفرقة بين البطلان والقابلية للإبطال:

نظرية البطلان في القوانين العربية تقوم على أساس التفرقة بين أركان العقد، أي شروط الانعقاد والوجود من ناحية، وشروط الصحة من ناحية أخرى. وهذه التفرقة متأثرة بالفقه الإسلامي في هذا الصدد، كما أنها تتفق مع ما هو مستقر عليه في الفقه اللاتيني التقليدي[1].

وتعتبر التفرقة بين شروط الانعقاد وشروط الصحة هي نقطة الانطلاق للتفرقة بين البطلان والقابلية للإبطال. وعلى ذلك فإن تخلف شرط من شروط الانعقاد كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، أي لا يكون له وجود في نظر القانون فلا ينتج أي أثر. أما إذا توافرت شروط انعقاد العقد أو وجوده وتخلف شرط من شروط صحته. فإن العقد يكون قابلاً للإبطال. أي العقد ينعقد ويرتب آثاره غير أنه نظراً لما شابه من عيب فإنه

(١) انظر في الفقه الفرنسي:

J. FLOUR, J. L. AUBERT, Droit civil, les obligations, V,I., L'acte junridique, 1975 No. 3220 p. 240.

Ph. Malaurie, L. Aynès, Droit civil, les obligations, 1985, No. 361, p. 225, et. s.

يكون مهدداً بالزوال، إذ يكون لأحد الطرفين الحق في طلب إبطاله. على أنه إذا حكم بإبطاله زال بأثر رجعي واعتبر وكأنه لم يكن وعلى هذا الأساس فالعقد القابل للإبطال هو كالعقد الصحيح ما دام لم يحكم بإبطاله، وهو كالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً إذا ما حكم بإبطاله[1].

وبعد الوقوف على أساس التفرقة بين البطلان المطلق والقابلية للإبطال يجب أن نعرض الآن لنطاق كل من هذين النوعين.

ثانيا: نطاق البطلان المطلق والقابلية للإبطال

وفي هذا الصدد نعرض لحالات البطلان المطلق ولحالات القابلية للإبطال.

١ ـ البطلان المطلق:

والبطلان المطلق جزاء يلحق العقد إذا تخلف ركن من أركانه، وعلى ذلك فيشمل:

١ ـ تخلف التراضي أو المحل أو السبب. وعلى ذلك يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا انعدم التراضي لعدم تطابق الإرادتين، أو لأن العاقد غير مميز، أو كان المحل مستحيلاً أو لم يكن للالتزام سبب.

٢ ـ إذا لم تتوافر في المحل أو السبب شروطه الجوهرية. وعلى ذلك يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا كان المحل غير معيّن أو غير قابل للتعيين. أو كان المحل غير مشروع أو إذا كان السبب غير مشروع.

٣ ـ إذا تخلف ركن الشكلية حينما يتطلبها القانون، كما هو الحال في عقد الرهن الرسمي أو في هبة العقار.

٤ ـ إذا ورد نص خاص في القانون يقضي ببطلان العقد بطلاناً مطلقاً، كما في حالة اشتراط المدة لانعقاد الوعد بالتعاقد (م ١٠١/١ مدني مصري، م ٢٢٠ ملكية عقارية لبناني).

---

(١) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٣١ ص ٢٧٥.

ويترتب على البطلان المطلق ألاّ يكون العقد موجوداً في نظر القانون فلا يصلح العقد لترتيب أي أثر منذ إبرامه.

٢ ـ القابلية للإبطال:

القابلية للإبطالة جزاء يلحق العقد إذا تخلف شرط من شروط صحته رغم توافر أركانه. ويكون الأمر كذلك في الحالات الآتية:

١ ـ إذا كان أحد العاقدين ناقص الأهلية، الصبي المميز، والسفيه وذو الغفلة.

٢ ـ إذا كانت إرادة أحد العاقدين مشوبة بعيب من عيوب الإرادة التي تقدم دراستها، وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

٣ ـ إذا ورد نص خاص في القانون يقضي بالقابلية للإبطال، كما في حالة بيع ملك الغير، (م ٤٦٦ مدني مصري، م ٣٨٥ موجبات وعقود لبناني).

وفي هذه الحالات ينعقد العقد منتجاً لآثاره إلى إن يحكم بإبطاله بناءً على طلب العاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته.

المطلب الثاني:

أهمية التفرقة بين البطلان المطلق والقابلية للإبطال

تتجلى أهمية التفرقة بين البطلان والمطلق والقابلية للإبطال في نواحٍ ثلاث:

١ ـ من له حق التمسك بالبطلان. ٢ ـ كيفية تقرير البطلان. ٣ ـ سقوط الحق في التمسك بالبطلان.

أولاً: من له حق التمسك بالبطلان:

ويتجلى في هذا الصدد فارق جوهري بين البطلان المطلق والقابلية للإبطال:

١ ـ ففي القابلية للإبطال: حيث الهدف المقصود من قابلية العقد للإبطال هو حماية أحد العاقدين، يكون لهذا العاقد وحده أن يتمسك به.

فإذا كان سبب قابلية العقد للإبطال هو نقص الأهلية، فناقص الأهلية وحده هو

الذي يجوز له أن يتمسك بالإبطال. وإذا كان السبب هو عيب في الإرادة فإن صاحب الإرادة المعيبة هو وحده الذي يجوز له التمسك بالإبطال. (م ١٣٨ مدني مصري، م ٢٣٤ موجبات وعقود لبناني).

٢ ـ وعلى النقيض من هذا نجد أن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً، ليس له وجود قانوني، فيجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان.

والمقصود بالمصلحة التي تجيز التمسك بالبطلان، هي تلك التي تستند إلى حق يتأثر بصحة العقد أو بطلانه.

وتطبيقاً لذلك نجد أن لكل من العاقدين في العقد الباطل وخلفهما العام، وخلفهما الخاص، والدائنين مصلحة في التمسك بالبطلان المطلق للعقد. ففي عقد البيع الباطل بطلاناً مطلقاً، يجوز للبائع أو المشتري أن يتمسك بالبطلان على حد سواء. كما يجوز لدائن البائع أن يتمسك بالبطلان المطلق بعقد البيع حيث إن له مصلحة في احتفاظ البائع بملكية الشيء المبيع. ليبقى عنصراً في ضمانه العام، وبالتالي يستطيع أن يستوفي منه حقه. ويجوز أيضاً لورثة المتعاقدين، الخلف العام، أن يتمسكوا ببطلان العقد، إذا كان لهم مصلحة في ذلك.

أما من عدا هؤلاء فلا يجوز له أن يتمسك بالبطلان، حتى لو كانت له مصلحة في التمسك به، إذ العبرة بالمصلحة التي تستند إلى حق يتأثر بصحة العقد أو بطلانه. وعلى ذلك فلا يجوز مثلاً لجارٍ أن يتمسك ببطلان عقد بيع صادر من جاره بحجة أن له مصلحة في الإبقاء على الجار (البائع) وعدم ميله للمشتري. ولا يصح للتاجر أن يتمسك ببطلان عقد شركة، خشية أن يتعرض لمنافسة هذه الشركة.

ثانيا: كيفية تقرير البطلان:

يتوقف تقرير البطلان على طبيعته، بطلان مطلق أو قابليته للإبطال.

١ ـ بالنسبة للعقد القابل للإبطال، فالعقد موجود قانوناً، ومنتج لكل آثاره، ولكنه مهدد بالزوال. فإذا لم يتفق الطرفان على إبطال العقد، وجب على صاحب الحق في الإبطال، ناقص الأهلية أو من تعيبت إرادته، أن يرفع دعوى للمطالبة به. (م ٢/٢٣٣ موجبات وعقود لبناني). والقاضي لا يملك من تلقاء نفسه أن يحكم

بإبطال العقد، وإلا يكون قد قضى بما لا يطلبه الخصوم، وهذا ممتنع عليه. ولذلك يجب أن يتمسك صاحب الحق فيه بذلك. على أنه إذا توافرت شروط الإبطال فالقاضي يلتزم بالحكم به[1]، وحكم القاضي في هذه الحالة منشيء للبطلان، لأنه يزيل العقد الموجود قانوناً، فينشىء حالة البطلان.

٢ ـ بالنسبة للعقد الباطل بطلاناً مطلقاً: فالعقد ليس له وجود قانوني. ولهذا فالأصل أنه ليس هناك حاجة إلى صدور الحكم ببطلانه. فللبائع مثلاً في عقد بيع باطل أن يتصرف في الشيء المبيع، وكأن البيع الأول لم يكن. وإذا احتج عليه المتعاقد الآخر كان للبائع أن يدفع بالبطلان.

لكن يلاحظ أحياناً أن الضرورة قد تلجىء الشخص إلى رفع دعوى البطلان. كأن يكون البائع مثلاً نفّذ التزامه بتسليم الشيء المبيع في البيع، ويريد أن يسترده فيرفض المشتري. وعندئذ لا مفر من الالتجاء للقاضي للحكم بالبطلان. وحكم القاضي لا ينشىء البطلان بل يكشف عن أمر ثابت من قبل، أي يكشف عن عدم وجود العقد قانوناً منذ البداية.

وحيث إن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً عقد ليس له وجود قانوني، فإنه يجوز للقاضي أن يحكم بالبطلان من تلقاء نفسه دون أن يطلب منه ذلك.

ثالثا: سقوط الحق في التمسك بالبطلان:

يسقط الحق في التمسك بالبطلان، إما بالإجازة وإما بالتقادم. والإجازة لا تكون إلا في العقد القابل للإبطال. أما التقادم فهو يرد على نوعي البطلان، وإن اختلفت أحكامه.

١ ـ الإجازة[2] (التأييد):

القاعدة أنه «يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية» وعلى ضوء

---

(١) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٢٥٣ ص ٣٨٠.

(٢) انظر استاذنا:

V. G. COUTURIER, La Confirmation des actes nuls, Thèse Paris, 1969, L.G.D.J. 1977, Préface, J. FLOUR.

وانظر م ١٣٩ مدني مصري، م ٢٣٦ موجبات وعقود لبناني.

ذلك يجب أن نعرض لتعريف الإجازة وتحديد نطاقها، ثم نعرض بعد ذلك لشروطها، وأخيراً ندرس آثارها.

أ ـ المقصود بالإجازة ونطاقها:

الإجازة هي تصرف قانوني بالإرادة المنفردة يعبر فيه العاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته عن رغبته في النزول عن الحق في التمسك بالإبطال. ويترتب على هذا التعريف نتيجتان:

الأولى: أن الإجازة هي تأييد لعقد قائم بإزالة الخطر الذي كان يتهدده، وبالتالي فإنها لا ترد إلا على العقد القابل للإبطال دون العقد الباطل بطلاناً مطلقاً. حيث إن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قانوني، أي عدم، والإجازة لا يمكن أن ترد على العدم. أما العقد القابل للإبطال فهو عقد موجود قانوناً ومنتج لكل آثاره إلى أن يحكم بإبطاله. والقابلية للإبطال قد شرعت لحماية مصلحة أحد العاقدين الذي يكون له وحده التمسك بإبطاله فيجوز له أن يتنازل عن هذا بإجازة العقد.

الثانية: أن الإجازة تختلف عن الإقرار. فبالرغم من أن كلاًّ منهما تصرف قانوني بالإرادة المنفردة إلا أن كلاًّ منهما يختلف عن الآخر من حيث محله، وصاحبه، وأثره.

فالإجازة ترد على عقد قابل للإبطال، وتصدر من طرف في العقد، هو المتعاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته. ويترتب عليها تصحيح عقد كان ينقصه شرط من شروط الصحة.

أما الإقرار فهو يرد على عقد صحيح. ويصدر من شخص أجنبي عن التعاقد. ويقصد به أن يضيف هذا الشخص آثار التعاقد إلى نفسه رغم أنه لم يكن شريكاً فيه. ومثل ذلك إقرار الموكل لتصرف الوكيل الذي يكون جاوز فيه حدود الوكالة.

ب ـ شروط الإجازة:

يشترط في الإجازة باعتبارها تصرفاً قانونياً بالإرادة المنفردة عدة شروط:

فمن حيث **الموضوع** يشترط ما يلي:

١ ـ يجب أن يكون المجيز عالماً بالعيب الذي لحق العقد.

٢ ـ أن تتجه إرادة المجيز إلى النزول على حقه في الإبطال.

٣ ـ يجب أن يتوافر فيها الشروط اللازمة لصحة التصرف القانوني وخاصة ما يتعلق منها بالأهلية وسلامة الإرادة من العيب.

وعلى ذلك يشترط لصحة الإجازة زوال السبب الذي من أجله كان العقد قابلاً للإبطال، وإلا كانت الإجازة نفسها قابلة للإبطال. فناقص الأهلية لا يملك إجازة العقد إلا بعد اكتمال أهليته. ومن شاب إرادته عيب من عيوب الرضى لا تكون إجازته صحيحة إلا إذا صدرت عنه بعد اكتشاف الغلط والتدليس أو بعد زوال الاستغلال وتأثير الإكراه.

ومن حيث الشكل والإثبات:

لا يتطلب القانون في الإجازة أي شكل معين، فالإجازة قد تكون صريحة أو ضمنية. وتكون الإجازة صريحة إذا تمت بعبارة تفيد ذلك. وتكون الإجازة ضمنية إذا أمكن استخلاصها من أي عمل يقوم به العاقد صاحب الحق في الإجازة ويدل على انصراف إرادته إلى النزول عن التمسك بالبطلان، كما لو نفذ العقد، كأن يبني على أرض اشتراها بعقد قابل للإبطال، أو تصرف في الشيء الذي تلقى ملكيته بالعقد القابل للإبطال، رغم علمه بالعيب الذي شاب هذا العقد وبعد أن زال سببه[١].

وعبء إثبات صدور الإجازة يكون على الطرف الذي له مصلحة في التمسك بها، أي على الطرف الآخر، وله أن يثبت حصول الإجازة بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن[٢].

جـ ـ آثار الإجازة (التأييد):

القاعدة أنه يترتب على الإجازة زوال حق المتعاقد في طلب الإبطال، وبالتالي، يتأكد وجود العقد بزوال ما كان يتهدده من خطر الإبطال (م ٢٣٧ موجبات وعقود

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٣٧ ص ٢٨٤.

(٢) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٣٥ ص ٨٠، عبد الرزاق السنهوري؛ المرجع السابق؛ جزء ١، فقرة ٣١٧، ص ٥٦٨ وما بعدها.

J. FLOUR op, cit., 341, P. 263 et s.

لبناني). ويعتبر العقد صحيحاً من وقت انعقاده لا من وقت إجازته. وتبعاً لذلك فإن ما ترتب من آثار على العقد قبل إجازته يستقر نهائياً، كما تترتب كل الآثار الأخرى التي لم تكن قد ترتبت من قبل[1].

ولكن إذا كان للإجازة أثر رجعي فيما بين المتعاقدين فإنها ليس لـهـا نفس الأثر بالنسبة للغير (م ١٣٩/٢ مدني مصري، م ٢٣٧ موجبات وعقود لبناني). ويقصد بالغير هنا الخلف الخاص الذي تلقى من المتعاقد الذي تقررت القابلية للإبطال لمصلحته، حقاً على العين محل التعاقد إذا كان من شأن الإجازة المساس به. فلو باع قاصر عقاراً له، وبعد بلوغه سن الرشد قام برهن هذا العقار، ثم أجاز البيع بعد ذلك، فإن هذه الإجازة لا تضر بحق الدائن المرتهن بل يبقى العقار للمشتري ولكن مثقلاً بحق الرهن.

٢ ـ التقادم:

وفي هذا الصدد يجب أن نفرق بين العقد القابل للإبطال والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً.

أ ـ في العقد القابل للإبطال:

يسقط الحق في التمسك بإبطال العقد القابل للإبطال بمضي المدة التي يحددها القانون. وهذه المدة تختلف بحسب الأحوال:

فالبنسبة للغلط والتدليس والإكراه فإن الحق في التمسك بالإبطال يسقط بمضي ثلاث سنوات من وقت اكتشاف الغلط. أو التدليس، أو من وقت انقطاع الإكراه. وفي جميع الأحوال يسقط الحق في التمسك بالإبطال بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد.

وعلى ذلك فإن الحق في التمسك بإبطال العقد لأحد هذه العيوب الثلاثة، سواء بطريق الدعوى أو بطريق الدفع، يتقادم بأقصر الأجلين: ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد[2].

---

(١) قارن سماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٣٨ ص ٢٨٤ الذي يرى أن الأثر الرجعي للإجازة لا يتفق مع التصوير الذي أخذ به القانون المصري للبطلان النسبي.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٣٩، ص ٢٩٠.

وبالنسبة لنقص الأهلية فيكون التقادم بمضي ثلاث سنوات من وقت زوال نقص الأهلية، أي من وقت استكمال ناقص الأهلية لأهليته.

والعلة من تقصير مدة تقادم القابلية للإبطال، أن الحق في الإبطال مقرر لأحد العاقدين دون الآخر، فمصير العقد في يده وحده، وإلى أن يختار الإجازة أو طلب الإبطال يكون العقد غير مستقر، وليس من المصلحة أن تبقى حالة عدم الاستقرار هذه مدة طويلة. كما أنه لا يجوز أن يبدأ سريان مدة التقادم القصير من وقت انعقاد العقد، إذ إن هذا قد يؤدي إلى تعطيل حق طلب الإبطال إذا لم يستكمل ناقص الأهلية أهليته، أو إذا لم ينكشف الغلط أو التدليس أو لم ينقطع الإكراه، إلا بعد مضي أكثر من ثلاث سنوات من وقت انعقاد العقد. ولذلك جعل القانون بداية سريان مدة التقادم من وقت اكتمال الأهلية، أو انكشاف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه[1].

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٢٣٤ موجبات وعقود على «أن الحق في إقامة دعوى الإبطال لا يكون إلا للأشخاص الذين وضع القانون البطلان لمصلحتهم أو لحمايتهم. ويخرج بوجه خاص عن هذا الحكم، الذين عاقدوا هؤلاء الأشخاص وينتقل هذا الحق إلى ورثة صاحبه».

كما تنص المادة ٢٣٥ موجبات وعقود على «أن الحق في إقامة هذه الدعوى يسقط بحكم مرور الزمن بعد عشر سنوات إلا إذا كان القانون قد عين مهلة أخرى لحالة خاصة».

«ولا تبتدىء المهلة المشار إليها من يوم إنشاء العقد الفاسد بل من اليوم الذي زال فيه العيب. ففي حالتي الغلط والخداع مثلاً تبتدىء من يوم الكف عنه. وفي حالة فقدان الأهلية من يوم زواله تماماً».

ب ـ في العقد الباطل بطلاناً مطلقاً:

ينص القانون على سقوط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد. ولنفهم هذا الحكم يجب أن نفرق بين فرضين:

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٣٩، ص ٢٨٩.

الفرض الأول: دعوى البطلان: أنه إذا قام شخص بتنفيذ التزامه في عقد باطل، فإنه لا يجوز له رفع دعوى البطلان لاسترداد ما أعطاه، بعد مضي خمس عشرة سنة على العقد. إذ يحق للطرف الآخر الاحتجاج بسقوط هذه الدعوى بمضي المدة أي التقادم.

وعلى ذلك فلو أن هناك بيعاً باطلاً تم تسليم المبيع فيه إلى المشتري وانقضت مدة خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد، ورفع البائع دعوى يتمسك فيها ببطلان البيع أمكن للمشتري أن يرد هذه الدعوى بالتقادم.

والعلة في تقادم دعوى البطلان المطلق هي العلة الأساسية في التقادم عموماً، وهي ضرورة تأييد الأوضاع الفعلية إذ ما استقرت مدة من الزمن. فالالتجاء إلى دعوى البطلان إنما يكون بعد تنفيذ العقد، إذا ما أراد أحد العاقدين أن يسترد ما أداه. وتنفيذ العقد ولو كان باطلاً ينشيء وضعاً فعلياً من المصلحة تأييده إذا ما استمر مدة طويلة[1].

الفرض الثاني: الدفع بالبطلان: في هذا الفرض نجد أن المتعاقد لم ينفذ التزامه، ثم يطالبه الطرف الآخر بالتنفيذ، فهنا يحق للطرف الأول أن يدفع ببطلان العقد، حتى ولو انقضى عليه أكثر من خمس عشرة سنة. ففي عقد بيع باطل مثلاً إذا كان المشتري لم يتسلم المبيع ورفع دعوى يطالب فيها بالتسليم استطاع البائع أن يدفع ببطلان البيع، ولو كان مضى على العقد أكثر من خمس عشر سنة.

والعلة من عدم تقادم الدفع بالبطلان يرجع إلى أنه لم يهدد وضعاً مستقرّاً مهما طال الأمد على العقد، حيث إن تقرير البطلان يكون مطابقاً للواقع الفعلي، فلا يخشى أن يترتب عليه إهدار وضع مستقر[2].

في القانون اللبناني:

لم يرد نص يتعلق بسقوط دعوى البطلان بالتقادم. وقد ذهب رأي إلى أن مقتضى هذا أن البطلان لا يزول بالتقادم، بمعنى أنه يجوز التمسك به دائماً مهما مضى

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٣٩ ص ٢٨٦.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٣٩ ص ٢٨٦.

من زمن على العقد الباطل سواء كان ذلك من طريق الدعوى أو من طريق الدفع[1]. بينما ذهب البعض، بحق، إلى أن المشرع اللبناني لم يرد أنه يخرج على ما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسيين من أن دعوى البطلان تسقط بالتقادم العادي، فترك هذه الدعوى لما هو مقرر بالنسبة إلى الدعاوى أو الحقوق جميعاً من أنها تخضع للتقادم، وما دام لم يورد نصاً في شأن دعوى البطلان، فإنها تسقط بمدة التقادم العادية وهي عشر سنوات (م ٣٤٩ موجبات وعقود)[2].

ومما تجدر ملاحظته أن المادة ٣/٢٣٥ موجبات وعقود تقضي بسقوط حق المتعاقد المجنون في رفع دعوى البطلان بمضي عشر سنوات من الوقت الذي يدرك فيه أنه أبرم العقد في حالة جنون. وإذا كانت هذه المادة تتناول الحالات التي تتقادم فيها دعوى الإبطال، فإن المادة ١/٢١٦ موجبات وعقود قاطعة بنصها الصريح في أن تصرف المجنون يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً[3] ويكون المعنى المستفاد من ذكر المجنون في المادة ٣/٢٣٥ أن المشرع أراد أن يحدد بدء سريان مدة التقادم من وقت إدراكه أنه أبرم العقد في حالة جنون، وليس من وقت إبرام العقد.

وبعد عرض أنواع البطلان وحالاته نعرض الآن لآثار البطلان.

---

(١) إسماعيل غانم، محاضرات، ص ١٨٣.

(٢) عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، فقرة ٢٦٥، ص ٣٤٧، وفي هذا المعنى جورج سيوفي، المرجع السابق، جـ ١، فقرة ٢١٨، عبد المنعم البدراوي، مصادر التزام، فقرة ٢٨٤.

(٣) انظر عكس ذلك اسماعيل غانم، المحاضرات، حيث يرى أن تصرف المجنون يقع قابلاً للإبطال، ص ١٧٦ و ١٨٣.

المبحث الثاني: آثار البطلان

يجب أن نلفت الانتباه هنا إلى أن الكلام عن آثار البطلان ينصرف إلى البطلان بنوعيه، البطلان المطلق والقابلية للإبطال بعد تقرير بطلانه. فكما سبق أن رأينا أنه إذا كان العقد الباطل بطلاناً مطلقاً والعقد القابل للإبطال يختلفان قبل تقرير البطلان، إلا أنه متى تقرر إبطال العقد القابل للإبطال بحكم من القضاء أو بتراضي الطرفين، ترتب عليه ما يترتب على البطلان المطلق من آثار فيزول العقد في الحالتين بأثر رجعي، أي من يوم إبرامه[1]. (م ١٤٢/٢ مدني مصري، م ٢٣٣/٢ موجبات وعقود لبناني).

وعلى ذلك سوف ندرس في مطلب أول، زوال العقد بأثر رجعي، ثم بعد ذلك ندرس في مطلب ثانٍ الحد من عمل البطلان بوجه عام.

المطلب الأول: زوال العقد بأثر رجعي

وفي هذا الصدد يجب أن ندرس هذا الأثر بالنسبة للمتعاقدين، ثم بعد ذلك بالنسبة إلى الغير.

أولاً: بالنسبة للمتعاقدين:

وفي هذا المجال سندرس القاعدة العامة، ثم بعد ذلك نعرض للقيود التي ترد عليها.

ا- القاعدة:

القاعدة في هذا الصدد أنه «حتى في حالتي إبطال العقد أو بطلانه يعاد

(١) عبد المنعم البدراوي؛ المرجع السابق، فقرة ٢٧٠، ص ٣٦٠، توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٧١.

المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل».

ويفهم من هذه القاعدة أنه إذا كان العقد الذي تقرر بطلانه لم ينفذ، فلا يلزم أي من المتعاقدين بأي أداء نحو الآخر.

أما إذا كان أحد المتعاقدين قد نفذ العقد كله أو في جزء منه، وجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. ويقتضي ذلك أن يرد كل منهما إلى الآخر الأداء الذي تلقاه. ففي عقد البيع مثلاً يجب على المشتري أن يرد الشيء المبيع إلى البائع، ويجب على البائع أن يرد الثمن إلى المشتري.

وإذا كانت القاعدة في العلاقة بين المتعاقدين هي إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، إلا أن هذه القاعدة لا يمكن أن تعمل على إطلاقها وإنما هناك قيود تحد من تطبيقها.

٢ ـ حدود القاعدة:

قاعدة إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد عند تقرير البطلان لا تعمل على إطلاقها وإنما تجد حدودها في الواقع، أو في طبيعة الأشياء، أو في اعتبارات معينة يرى المشرع أنها جديرة بالحماية.

١ ـ استحالة إعادة الطرفين إلى حالتهما قبل التعاقد: وهذه الاستحالة قد تكون بحكم الواقع كما لو أن الشيء المبيع هلك مثلاً في يد المشتري بخطأ منه، فإن القاضي يحكم بتعويض يعادل قيمة الشيء المبيع وقت هلاكه.

وقد تكون الاستحالة راجعة إلى طبيعة الأشياء، كما هو الحال في العقود الزمنية. ففي هذه العقود يستحيل مادياً إزالة بعض الآثار التي ترتبت في الماضي عليها. ففي حالة الحكم ببطلان عقد الإيجار، مثلاً، إذا كان قد تم تنفيذه، التزم المستأجر برد العين المؤجرة، كما يلتزم المؤجر أن يرد للمستأجر جميع المبالغ التي أخذها على سبيل الأجرة. ولكن حيث يتعذر هنا إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل الإيجار، بالنسبة لانتفاع المستأجر بالعين، إذ الفرض أنه انتفع بها بالفعل، فإن المستأجر يلتزم بأن يدفع تعويضاً عن الانتفاع الذي حصل عليه والذي لا يمكن رده.

وهذا التعويض لا يعد أجرة ولا تضمنه ضمانات الأجرة كما لا يتقادم بمدة تقادمها[1].

٢ ـ حماية ناقص الأهلية: القاعدة في هذا الصدد أن ناقص الأهلية لا يلزم إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد. وعلى ذلك إذا باع القاصر وقبض الثمن، ثم أبطل العقد بناءً على طلبه بعد بلوغ سن الرشد أو بناء على طلب وصية، فإن القاصر لا يلزم بأن يرد من الثمن إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة منه. فإذا كان قد أنفقه في ملذاته أو لهوه لم يلتزم برد شيء منه، أما إذا بقي معه منه شيء أو أنفقه في وجوه الإنفاق المعقولة أو استثمار، كان ملزماً بأن يرده في حدود ما عاد عليه من نفع[2]. ولم يرد في القانون اللبناني نص على هذا الاستثناء، ولكنه الرأي السائد في الفقه اللبناني يرى الأخذ به حماية لناقص الأهلية[3].

٣ ـ حماية حسن النية: إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ العقد الذي تقرر إبطاله وترتب على ذلك انتقال حيازة شيء إلى الطرف الآخر فإن الحائز الحسن النية يحتفظ بالثمار[4].

ثانيا: بالنسبة إلى الغير

وفي هذا الصدد ندرس أيضاً القاعدة العامة، ثم بعد ذلك نعرض للقيود التي ترد عليها.

١ ـ القاعدة:

لا يقتصر أثر البطلان على العلاقة فيما بين المتعاقدين بل يمتد إلى الغير. ولكن ما هو المقصود بالغير في هذا الخصوص؟

يقصد بالغير هنا من يكون قد تعاقد مع المتصرف إليه في العقد الباطل على اكتساب حق متعلق بالشيء موضوع هذا العقد[5]. كما إذا قام المشتري في عقد بيع

---

(١) جلال العدوي، أصول المعاملات، ص ١٨١.

(٢) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٢٧٨، ص ٣٦٣.

(٣) خليل جريج، المرجع السابق، جـ ٢ ص ٢٨٣، جورج سيوفي، المرجع السابق، جـ ١، فقرة ٢٢٥.

(٤) مادة ١٨٥/١ مدني مصري.

(٥) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٤٨ ص ٣٠١.

باطل بتأجير العين إلى مستأجر، أو إذا قرر عليها حقاً عينياً للغير، كحق رهن أو ارتفاق. فالأصل أن بطلان عقد البيع يترتب عليه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وبالتالي ما صدر من عقود من المشتري تكون عديمة الأثر بالنسبة للبائع، فالمشتري لم يتملك الشيء بمقتضى عقد البيع، فتكون عقوده عقوداً صادرة من غير مالك، وفاقد الشيء لا يعطيه[1].

ولكن هذه القاعدة لا يمكن تطبيقها على إطلاقها حيث إن ذلك قد يضر بالغير حسن النية، ولذلك وردت عليها عدة استثناءات الغرض منها حماية الغير حسن النية. فندرس الآن بالتفصيل حدود هذه القاعدة.

٢ ـ حدود القاعدة:

يحد من قاعدة زوال العقد بأثر رجعي بالنسبة للغير بعض القيود التي تؤدي إلى تحقيق استقرار التعامل وحماية الائتمان، وذلك بتقرير الحماية للغير حسن النية.

فبالنسبة للعقود الصادرة من المتصرف إليه في العقد الباطل إلى الغير يجب أن نفرق بين عقود الإدارة وعقود التصرف.

أولاً: فالقاعدة أن عقود الإدارة، كالإيجار، تبقى قائمة رغم بطلان سند تملك من صدرت منه وذلك إذا كانت من أعمال الإدارة الحسنة. ففي عقد الإيجار مثلاً يشترط لبقائه:

١ ـ أن تكون الأجرة أجرة المثل.

٢ ـ وأن تكون المدة قصيرة.

٣ ـ وأن يكون المستأجر حسن النية، أي يجهل ما يشوب سند المتصرف من أسباب البطلان.

ثانياً: أما بالنسبة لعقود التصرف، فيجب التفرقة بين المنقول العقار:

١ ـ فإذا كان **الشيء منقولاً** وتسلمه الغير بحسن نية وهو يجهل ما يشوب سند

(١) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٣٠، ص ٢٧٤، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٤٨، ص ٣٠١.

المتصرف من أسباب البطلان، كان له أن يحتج بقاعدة الحيازة في المنقول، بحسن نية، سند الحائز، ليكتسب على أساسها الملكية أوالحق العيني رغم أنه قد تعاقد مع غير مالك.

٢ ـ إذا كان **الشيء عقاراً** فيجب التفرقة بين البطلان المطلق والقابلية للإبطال:

أ ـ إذا كان سند ملكية المتصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً، فإن ملكية العقار لم تثبت للمتصرف إليه قانوناً في يوم من الأيام، حيث إن العقد الباطل منعدم منذ قيامه، وبالتالي فإن المتصرف إليه مجرد واضع يد. وعلى ذلك فإن الغير الذي تلقى حقاً عينياً من المتصرف إليه لا يستطيع أن يحتج بهذه الحقوق في مواجهة المدعي حتى ولو كان حسن النية وشهر حقه قبل تسجيل دعوى البطلان أو التأشير بها.

ب ـ أما إذا كان سند المتصرف قابلاً للإبطال، فإن الحكم بالإبطال لا يحتج به على الغير الذي كسب حقه وسجله وهو حسن النية قبل تسجيل دعوى الإبطال أو التأشير بها. وهذا الفرض يختلف عن الفرض السابق حيث إن الغير قد تعامل مع شخص ثبتت له الملكية قانوناً في وقت ما، أي قبل الحكم بالإبطال، حيث إن هذا العقد موجود ويرتب آثاره إلى أن يحكم بإبطاله، كما أن الغير حسن النية حيث إنه لم يكن يعلم بالعيب الذي شاب العقد، بدليل أنه عند تسجيله أو قيده لحقه لم يكن قد سجلت دعوى الإبطال أو لم يتم التأشير بها على هامش التسجيل.

المطلب الثاني ـ الحد من عمل البطلان

سبق أن رأينا أن الأثر المباشر للبطلان وهو زوال العقد بأثر رجعي، أي من وقت إبرام العقد لا من وقت تقرير البطلان. ولخطورة هذا المبدأ وجدنا أن المشرّع تدخل ليحد من تطبيقه سواء بالنسبة للمتعاقد أو بالنسبة للغير على النحو السابق تفصيله.

وفي هذا المطلب سنعرض للقيود العامة التي وضعها المشرع للحد من عمل البطلان في العقود بصفة عامة. ولذلك سنجد أن المشرع قد لجأ إلى أنظمة قانونية معينة، كانتقاص العقد، أو البطلان الجزئي، أو تحول العقد، ليتوقّى الانهيار الكامل للعقد. وهذا يدخل ضمن سياسة عامة للمشرع تهدف إلى تحقيق استقرار المعاملات،

تقديراً منه لما يترتب على العقد من آثار اقتصادية واجتماعية بعيدة المدى تتجاوز المتعاقدين بل والغير لتعم النظم الاقتصادي والاجتماعي ككل[1]. ولنعرض الآن لدراسة هذه الوسائل القانونية.

أولاً: انتقاص العقد:

ونعرض هنا لتحديد المقصود بانتقاص العقد وتحديد نطاقه، ثم بعد ذلك ندرس شروط الانتقاص.

١ - المقصود بانتقاص العقد وتحديد نطاقه:

القاعدة أنه «إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله» (م ١٤٣ مدني مصري وانظر في تطبيق ذلك ٨٢ موجبات وعقود لبناني).

ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا كان العقد ليس باطلاً بأكمله، وإنما يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال في جزء منه، وصحيحاً في الجزء الآخر، فإنه ينتزع الجزء الباطل، أما المتبقي من العقد فيبقى صحيحاً باعتباره عقداً قائماً بذاته، هذا ما لم يتبين أن الشق الباطل لا ينفصل عن جملة العقد فيبطل العقد كله.

وأساس هذه القاعدة هو تفسير إرادة المتعاقدين على أنه ليس لديهما مانع من الإبقاء على الجزء الصحيح في العقد.

ومن أمثلة انتقاص العقد الهبة المقترنة بشرط غير مشروع، فتصح الهبة ويبطل الشرط، ما لم يكن هذا الشرط هو الدافع إلى التبرع فتبطل الهبة كلها. وكذلك العقد الذي يتضمن شرط الدفع بالذهب، فإن هذا الشرط يقع باطلاً ما لم يتبين أن هذا الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد كله. وبالمثل إذا وقع المتعاقد في غلط في أحد الأشياء المبيعة، فيبطل البيع في خصوص هذا الشيء فقط، ما لم يتبين أن الصفقة

---

(١) انظر في تطبيق هذه السياسة في نطاق تنفيذ العقد، نبيل سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، ١٩٨٤ م، ص ٥ وما بعدها.

غير قابلة للتجزئة، فيكون العقد كله قابلاً للإبطال[1]. وعلى ضوء ذلك يمكننا أن نستخلص شروط انتقاص العقد.

٢ ـ شروط انتقاص العقد:

يتبين مما سبق أنه يشترط لانتقاص العقد توافر شرطين:

أولاً: أن يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال في جزء منه فقط. فمقتضى الانتقاص أن الشق الباطل وحده هو الذي يبطل، ويبقى لعقد في شقه الصحيح، وعلى ذلك فإذا كان العقد باطلاً بأكمله فلا ينتقص العقد بل يتحول إلى عقد آخر إذا توافرت شروط التحول كما سوف نرى.

ثانياً: أن يكون العقد قابلاً للانقسام. ومقتضى هذا الشرط أنه إذا لم يكن العقد قابلاً للانقسام فإنه يترتب على بطلان جزء منه بطلان العقد بأكمله. ويقوم هذا الشرط على تفسير إرادة المتعاقدين على أساس أنه إذا تبين أن إرادة المتعاقدين ما كانت تتجه إلى إبرام هذا العقد دون الجزء الذي وقع باطلاً فإن هذا يؤدي إلى بطلان العقد بأكمله. وفي هذا الفرض الأخير يكون هناك مجال لتحول العقد إلى عقد آخر إذا توافرت شروطه.

ثانيا: البطلان الجزئي

ونقف هنا على تحديد المقصود بالبطلان الجزئي وتحديد نطاقه، ثم نعرض بعد ذلك للتفرقة بينه وبين انتقاص العقد.

١ ـ تحديد المقصود بالبطلان الجزئي وتحديد نطاقه:

ويقصد بالبطلان الجزئي هو بطلان شرط أو بعض الشروط، المخالفة لقواعد قانونية متعلقة بالنظام العام الحمائي، بقوة القانون دون النظر إلى ما كانت ستتجه إليه إرادة المتعاقدين.

والغرض من هذا النظام هو تحقيق الحماية لأحد الأطراف بالإبقاء على العقد رغم مخالفته في جزء منه لقواعد متعلقة بالنظام العام وذلك حتى لا يقع الضرر على

---

(١) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٢٧٩، ص ٣٦٤.

الطرف المراد حمايته إذا حكم ببطلان العقد بأكمله. والمجال المختار لعمل البطلان الجزئي هو العقود ذات الأهمية الاقتصادية أو الاجتماعية لأحد المتعاقدين، مثل عقد العمل، وعقد الإيجار.

فالبطلان الجزئي وسيلة من الوسائل القانونية التي تهدف إلى تحقيق نوع من استقرار الروابط العقدية في العقود ذات الأهمية الحيوية لأحد أطرافها[1]. وحيث إن الحكم ببطلان العقد بأكمله يترتب عليه تفويت الحماية لا تكريس هذه الحماية.

والبطلان الجزئي يقع بقوة القانون دون النظر إلى ما كانت ستتجه إليه إرادة المتعاقدين. حيث إن الشرط أو الشروط التي تقع باطلة بقوة القانون تكون مخالفة لقواعد قانونية متعلقة بالنظام العام الحمائي.

٢ ـ التمييز بين البطلان الجزئي وانتقاص العقد

نحن نرى أن هناك فارقاً واضحاً بين انتقاص العقد والبطلان الجزئي وذلك للأسباب الآتية:

أولاً: أن حكم انتقاص العقد يقوم على أساس تفسير إرادة المتعاقدين. وعلى ذلك فإن الانتقاص لا يتم إلا إذا تبين أنه ليس لدى المتعاقدين مانع من الإبقاء على الجزء الصحيح من العقد دون الجزء الباطل. أما إذا تبين أن إرادة المتعاقدين ما كانت تتجه إلى إبرام هذا العقد دون الشق الذي وقع باطلاً، فإن العقد يقع باطلاً بأكمله. بينما البطلان الجزئي يقع بقوة القانون دون النظر إلى ما كانت ستتجه إليه إرادة المتعاقدين.

ثانياً: إن حالات البطلان الجزئي تتعلق بالنظام العام الحمائي، حيث إنه في هذه الحالات يكون هناك شرط في العقد مخالف لقاعدة قانونية متعلقة بالنظام العام الحمائي، أي الذي يقوم على حماية أحد المتعاقدين، فإن لم يكن هناك بطلان جزئي لفاتت الحماية المقررة ووقع الضرر على الطرف الذي يريد القانون حمايته. فمثلاً إذا تضمن عقد عمل شرطاً مخالفاً لقواعد قانونية متعلقة بالنظام العام الحمائي، كالاتفاق

---

(١) انظر رسالتنا في الوقف في تنفيذ العقد باعتباره أيضاً وسيلة من وسائل تحقيق الاستقرار في الروابط العقدية.

SAAD AWAD Nabil, la suspension dans L'exécution du contrat. Thèse Dijoin, 1980.

على أجر أقل من الحد الأدنى للأجور أو على ساعات عمل تزيد عمّا هو مقرر قانوناً، فإنه لو تم إبطال عقد العمل بأكمله لأوقع الضرر كله على الطرف المراد حمايته، وهو العامل. وإذا لجأنا إلى فكرة انتقاص العقد لتخلف أهم شروطها وهو ألا يتبين أن العقد ما كان يتم دون الشرط الباطل، لأن في مثل هذه الحالة نجد أن صاحب العمل ما كان يتعاقد مع العامل دون هذه الشروط، فيمتنع بالتالي تطبيق انتقاص العقد ويقع العقد باطلاً بأكمله. والسبيل الوحيد في مثل هذه الأحوال لا يكون إلا عن طريق البطلان الجزئي وهو أن يقع الشرط المخالف لقاعدة قانونية من النظام العام الحمائي، باطلاً بطلاناً مطلقاً مع بقاء العقد.

وعلى ذلك إذا اتفق في عقد القرض على فوائد تزيد على الحد المقرر قانوناً، فإنه يقع الشرط باطلاً ويحل محله الحد المقرر قانوناً، وبالمثل إذا اتفق في عقد إيجار الأراضي الزراعية على أجرة تزيد على الحد الأقصى المقرر قانوناً يقع هذا الشرط باطلاً وتقدر الأجرة وفقاً للقاعدة القانونية المقررة في هذا الصدد. والحكم نفسه بالنسبة لعقد إيجار المساكن وكذلك الأمر بالنسبة لعقد العمل كما سبق القول.

ففي كل هذه الأمثلة لم يقع انقاص للفوائد أو الأجرة كما يذهب إلى ذلك الفقه. وإنما في حقيقة الأمر الشرط باطل بطلاناً مطلقاً لمخالفته لقاعدة من النظام العام الحمائي ويحل محل هذا الشرط التقدير القانوني الوارد في القاعدة فهنا يوجد نوع من الإحلال الآلي للشروط الباطلة بشروط صحيحة متفقة مع نصوص القانون وليس مجرد إنقاص. ويلاحظ أنه إذا كان هناك تعديل في العقد قد تم على أثر البطلان الجزئي. فإن هذا التعديل لم يكن مقصوداً لذاته وإنما كان أثراً ونتيجة للبطلان الجزئي، فلولا البطلان الجزئي ما كان التعديل. ولذلك الأقرب للمنطق القانوني هو تسمية النظام بسببه ومصدره لا بأثره[1].

ثالثاً: تحول العقد

القاعدة أنه «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين

(١) قارن جلال العدوي، أصول المعاملات، ص ١٨٤، ١٨٥ حيث إنه يرى في الانتقاص تعديل للعقد.

كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد». (م ١٤٤ مدني مصري تطابقها م ١٤٥ سوري وتعادلها م ١٤ عراقي).

وعلى ضوء هذه القاعدة يجب أن ندرس المقصود بتحول العقد وتحديد نطاقه، ثم نعرض بعد ذلك لشروطه.

١ ـ المقصود بتحول العقد وتحديد نطاقه:

ومقتضى تحول العقد أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر صحيح، فيتحول التصرف المقصود أصلاً، وهو التصرف الباطل، إلى التصرف الذي توافرت عناصره وهو التصرف الصحيح، إذا تبين أن إرادة المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد الصحيح. فإذا لم تتجل هذه الإرادة على ذلك النحو فإنه لا يتم التحول ويبطل العقد الأصلي ويزول.

وعلى ذلك فتحول العقد يحد من نظرية البطلان. ففي الحقيقة أن الطرفين لم يقصدا ـ بصفة أساسية ـ التصرف الذي توافرت أركانه ولكن إرادتهما المحتملة تتجه إليه لو علماً بأن المقصود أصلاً تصرف معيب.

ومن أمثلة التحول الكمبيالة التي لا يتوافر لها الشكل القانوني فتتحول من كمبيالة باطلة إلى سند دين عادي وصحيح. وكذلك الحال بالنسبة للسند الإذني.

وكذلك عقد القسمة إذا كان باطلاً يتحول إلى قسمة مهايأة (أي قسمة انتفاع)، فيبقي الشركاء في الشيوع بسبب بطلان القسمة، ولكن يتحول العقد إلى عقد أدنى من قسمة الملك هو قسمة المهايأة، أي قسمة الانتفاع. وكالبيع بثمن تافه يبطل كبيع لانعدام ركن الثمن ولكنه يتحول إلى هبة صحيحة متى استوفت الشكل الرسمي[١].

وكذلك إذا لم يكتسب المحرر صفة الرسمية، فلا يكون له إلا قيمة المحرر العرفي متى كان ذوو الشأن قد وقعوه بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم[٢].

---

(١) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٢٨٠ ص ٣٦٥.
(٢) انظر مادة ١٠ قانون الإثبات المصري.

٢ ـ شروط تحول العقد

وعلى ضوء ما سبق نستطيع أن نخلص إلى أنه يجب أن تتوافر شروط ثلاثة حتى يتم التحول: ١ ـ بطلان التصرف الأصلي. ٢ ـ وجوب أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر عقد آخر. ٣ ـ انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى العقد الصحيح، لنعرض باختصار لكل من هذه الشروط:

أ ـ بطلان التصرف الأصلي: يجب أن يكون العقد الأصلي باطلاً أو قابلاً للإبطال وحكم بإبطاله لأنه بطبيعة الحال لو كان العقد صحيحاً فلا يتم التحول ولو تضمن أركان عقد آخر كان المتعاقدان يفضلانه عليه. فالهبة الصحيحة لا تتحول إلى وصية ولو تبين أن المتعاقدين كانا يفضلان الوصية على الهبة[1]. كما أنه يجب أن يكون العقد الأصلي باطلاً بأكمله لأنه لو اقتصر على البطلان في شق منه وكان العقد يتم بدون هذا الشق الباطل فإن العقد لا يتحول بل ينتقص.

ب ـ وجوب أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الآخر. فإذا لم يتحقق هذا الشرط فإن العقد لا يقبل التحول. كما أنه إذا كان العقد الباطل متضمناً لبعض عناصر التصرف الآخر فإنه لا يجوز إضافة العناصر المختلفة لكي ينعقد العقد، بل يمتنع التحول في هذه الحالة.

جـ ـ انصراف ارادة المتعاقدين المحتملة إلى العقد الصحيح. هذا الشرط هو الذي يحدد نطاق التحول، حيث إن تحول العقد يقع في إطار إرادة المتعاقدين. ومعنى هذا الشرط أنه إذا كانت الإرادة الحقيقية للمتعاقدين انصرفت إلى العقد الأصلي الباطل إلا أنهما لو علما ببطلان هذا العقد لانصرفت إرادتهما إلى العقد الجديد الصحيح. لكن لو تبين العكس ما تم التحول. فالتحول يقع في نطاق تفسير إرادة المتعاقدين.

خاتمة الفصل: البطلان في الفقه الإسلامي:

نظرية البطلان في الفقه الإسلامي الحنفي، أكثر شمولاً وأوسع مدى عنها في القانون المعاصر، بل وفي المذاهب الإسلامية الأخرى، ويرجع هذا الإتساع في الفقه

---

(١) السنهوري؛ المرجع السابق؛ جزء ١ فقرة ٣٠٧ ص ٥٤٨.

الحنفي إلى أن هذه النظرية تمتد لتشمل ثلاث نواحٍ، ما يتعلق بقيام العقد وبنفاذه وبلزومه[1].

بالنسبة إلى قيام العقد:

يذهب الفقه الحنفي إلى تقسيم العقد إلى صحيح وباطل وفاسد. بينما المذاهب الفقهية الأخرى تذهب إلى تقسيمه إلى عقد صحيح وعقد باطل.

والعقد الباطل في الفقه الإسلامي يأخذ حكم العقد الباطل في القانون المعاصر، فهو والعدم سواء. ومن ثم فهو لا ينتج أثراً ما، باعتباره تصرفاً قانونياً، ولا ترد عليه الإجازة. ويجوز لكل مصلحة أن يتمسك ببطلانه وللقاضي بل يجب عليه أن يقضي ببطلانه، ولو من تلقاء نفسه[2].

والعقد الفاسد عند الحنفية تقتصر دائرته على العقود الناقلة للملك كالبيع والشركة والقسمة والصلح وغيرها من العقود الملزمة للجانبين كالإيجار. والفساد عند الحنفية مرتبة في عدم سلامة العقد، تجيء بعد البطلان. والعقد الفاسد عند الحنفية بخلاف العقد الباطل يستجمع شروط انعقاده، أي يتوافر فيه ركن العقد وشرائط هذا الركن، ولكن ينقصه، لكي يكون عقداً صحيحاً صفة من الصفات أو وصفاً من الأوصاف، التي يستلزمها القانون في الأمور التي تدخل في «أصل العقد» والتي ترتد إلى التراضي والمعقود عليه. فالبطلان جزاء لاختلال «أصل العقد» أما الفساد فهو جزاء لاختلاف «وصف العقد»[3].

بالنسبة إلى نفاذ العقد:

يقسم الحنفية العقود بالنسبة إلى إنتاج آثارها إلى عقد نافذ وعقد موقوف. والعقد النافذ هو الذي ينتج آثاره، أو هو ذاك الذي يفيد حكمه. أما العقد الموقوف فهو الذي تكون آثاره غير نافذة الآن، وتتطلب لنفاذها حصول إجازة العقد. ووقف العقد يرجع إلى نقص الأهلية، كالعقد الذي يبرمه الصبي المميز والمعتوه ثم السفيه

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٥٢ ص ٥٠٧ وما بعدها.
(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٤٥ ص ٥٠٨.
(٣) انظر في تفصيل ذلك عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٥٥ ص ٥١٠ وما بعدها.

وذو الغفلة بعد الحجر عليهم، إذا كان دائراً بين النفع والضرر، كالبيع والإيجار، يقع موقوفاً على إجازة الولي. العقد الذي يبرمه عديم التمييز، وهو الصبي غير المميز يقع باطلاً، كما يقع موقوفاً كل عقد يبرمه شخص، ويكون من شأنه أن يؤثر في حق متعلق بالغير، إذ هو يقع موقوفاً على إجازة الغير. ومثال ذلك بيع الفضولي، أو بيع ملك الغير[1].

ويلاحظ أنه ليس هناك تطابق بين العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وبين العقد القابل للإبطال في القانون المعاصر، بل يكادان أن يكونا ضدين. ففي حين أن العقد الموقوف لا ينتج أثره حتى يجاز، فالعقد القابل للإبطال ينتج أثره إلى أن يبطل، فالإجازة في العقد الموقوف هي التي تجعله ينتج آثاره ولكنها لا تجعل العقد القابل للإبطال ينتج أثره فهو ينتج الأثر من قبلها، ومن يوم انعقاده، ويقتصر أثر الإجازة بالنسبة إليه، على أن تزيل عنه خطر البطلان الذي يتهدده[2].

وبالنسبة إلى لزوم العقد

فالعقد اللازم هو العقد «العاري من الخيارات» أو هو العقد الذي لا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه بعد انعقاده.

والخيارات كثيرة في الفقه الإسلامي بوجه عام، وفي المجلة بوجه خاص، أهمها خيار الشرط، وخيار الوصف، وخيار النقد، وخيار الرؤية[3].

---

(١) انظر في تفصيل ذلك عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٥٩ ص ٥١٦ وما بعدها.
(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٥٩ ص ٥١٨.
(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٦٠ ص ٥١٩.

الباب الثالث
آثار العقد

إذا نشأ العقد صحيحاً، فقد خلصت له قوته الملزمة، ووجب على المتعاقدين تنفيذ ما التزما به، كما أنه لا يجوز لهما التحلل منه بالإرادة المنفردة، إلا في الحالات وطبقاً للأوضاع التي ينظمها القانون. والعقد ملزم لأطرافه، فالمتعاقدان دون غيرهما هما اللذان يلتزمان بالعقد.

وعلى ذلك، فدراسة آثار العقد تتعلق بمعرفة ما يتضمنه من حيث الموضوع، وكذلك آثارة من حيث الأشخاص.



الفصل الأول
أثر العقد من حيث الموضوع

القوة الملزمة للعقد: إذا نشأ العقد صحيحاً، التزم الطرفان بما يترتب عليه من آثار، فالمتعاقد لا يلتزم إلا بما ورد في العقد من التزامات دون غيرها. كما أنه لا يستطيع أي منهما التحلل من تلك الرابطة العقدية بإرادته المنفردة، إذ العقد شريعة المتعاقدين. وأنه يتعين تنفيذ ما يرتبه العقد من التزامات طبقاً لما يقضي به حسن النية في المعاملات، وإلا كان مسؤولاً.

وعلى ذلك فإن دراسة أثر العقد من حيث الموضوع تقتضي منّا التعرض لدراسة مدى القوة الملزمة للعقد، ثم لجزاء القوة الملزمة للعقد.

المبحث الأول
مدى القوة الملزمة للعقد

ولمعرفة مدة القوة الملزمة للعقد، فإنه يتعين تحديد مضمون الرابطة العقدية، وعلى ذلك فيجب أن نتعرض لتفسير العقد حتى يمكن تحديد الالتزامات الناشئة عن العقد ليتسنى تطبيقه، كما يلزم تحديد نطاق العقد، وأخيراً ضرورة إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد بما اشتمل عليه.

المطلب الأول
تحديد مضمون الرابطة العقدية

وسبيلنا في تحديد مضمون هذه الرابطة هو تفسير العقد وتحديد نطاقه.

أولاً: تفسير العقد

المقصود بتفسير العقد وبيان حالاته[1]؟

يهدف التفسير إلى تحديد معنى النصوص الواردة في العقد وبيان مدلولها فتفسير العقد هو تحديد ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للعاقدين[2]، وذلك لتحديد مضمون العقد والوقوف على الالتزامات التي يولدها، لكي يتسنى تطبيقه. أما حالات التفسير فهي لا تعدو أن تكون ثلاث حالات: الحالة الأولى: أن تكون عبارة العقد واضحة، الحالة الثانية: أن تكون عبارة العقد غامضة، الحالة الثالثة: حالة الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين.

١ ـ حالة وضوح عبارة العقد:

إذا كانت عبارة العقد واضحة ومعبرة بدقة عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فإنه لا يجوز للقاضي الانحراف عنها عن طريق تفسيرها (م ١٥٠/١ مدني مصري). فالعبارة الواضحة لا تحتاج إلى تفسير، طالما أن معناها الظاهر لا يختلف عمّا قصده العاقدان منها.

ومع ذلك فقد يستعمل المتعاقدان عبارة واضحة في ذاتها ألا أنها لا تعبر عن حقيقة قصدهما. عندئذ يجب العدول عن المعنى الواضح أو الظاهر الذي تفيده العبارة إلى المعنى الذي قصده المتعاقدان بها. ويتعين عن القاضي في مثل هذه الحالة أن يبين في أسباب حكمه الظروف التي أدت به إلى استبعاد المعنى الواضح والظاهر واعتباره غير متفق وقصد المتعاقدين، وكيف توصل إلى استخلاص المعنى الذي اقتنع به على

---

(١) انظر رسالة عبد الحكم فوده، تفسير العقد، الاسكندرية، ١٩٨٣ م، وهو يعطي للتفسير معنى واسعاً فضفاضاً يتجاوز كثيراً حدود التفسير بالمعنى الفني الدقيق، ليشمل أنظمة قانونية أخرى مستقلة عن التفسير تماماً.

(٢) انظر إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام ١٩٦٨ م، فقرة ١٥٢ ص ٣٠٤ عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام ١٩٧٧ م، فقرة ٢٩١ ص ٢٨٢، توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول في مصادر الالتزام، ١٩٧٨ م فقرة ٢٠١ ص ٢٥٧.

أنه هو الذي قصداه. ويخضع القاضي في هذا التسبيب لرقابة محكمة النقض[1]. وتفسير العقد في الفقه الإسلامي يقوم على أنه يجب الوقوف عند الصيغ الواردة في العقد وتحليلها تحليلاً موضوعياً ليستخلص منها المعاني السائغة، وتعتبر هذه المعاني هي إرادة المتعاقدين المشتركة[2]. ويظهر من ذلك أن العبرة في الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة، كما تستخلص من العبارات والصيغ التي استعملها المتعاقدان. وفي هذا استقرار للتعامل وتحقيق للثقة المشروعة التي وضعها كل من المتعاقدين في الآخر، عندما اطمأن، إلى ما يمكن استخلاصه في عباراته من معانٍ سائغة[3].

٢ ـ حالة غموض عبارة العقد أو التباسها:

قد تكون العبارة التي يستعملها المتعاقدان غير واضحة بأن يشوبها غموض لا يجعل معناها يبين لأول وهلة أو يشوبها إبهام يجعلها تحتمل أكثر من معنى. ففي هذه الحالة تظهر الحاجة إلى التفسير حتى يمكن تحديد نطاق العقد وما يتولد عنه من التزامات. ويقوم القاضي بهذا الدور لكي يتوصل إلى ما قصده الطرفان، أي الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين (م ١٥٠/ ٢ مدني مصري، م ٣٦٦ موجبات وعقود لبناني). وللكشف عن قصد المتعاقدين أو التعرف على حقيقة المقصود من عبارات العقد الغامضة يستعين القاضي ببعض الوسائل. وهذه الوسائل إما أن تكون بالرجوع إلى العقد ذاته، هذه هي الوسائل الداخلية، وإما بالإستعانة بعوامل خارجية عن العقد، وهذه هي الوسائل الخارجية.

والوسائل الداخلية التي يرجع إليها القاضي للكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين تنصبّ على العقد ذاته بما يتضمن من بنود وعبارات. ويمكن تلخيصها فيما يلي:

---

(١) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٥٢ ص ٣٠٤، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٢٩٢ ص ٣٨٤، السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٢٥٨ ص ٢٣٠، ٢٣١، جلال علي العدوي، مبادىء الالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ص ١٧٣، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٢٠٣ ص ٢٥٩.

(٢) انظر في تفصيل ذلك عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء ٦، طبعة بيروت، ص ٢٩ وما بعدها، وبصفة خاصة ص ٣٠.

(٣) السنهوري، مصادر الحق، ص ٣٢.

ـ إن العبرة بالمقاصد والمعاني وليست بالألفاظ والمباني، ومعنى هذا أن القاضي لا يجوز له أن يقف عند المعنى الحرفي للألفاظ المستعملة. وخاصة وأنه في الأعم الأغلب من الحالات لا يكون المتعاقدان على دراية بالمصطلحات والألفاظ القانونية الدقيقة. فتكون مهمة القاضي هي الكشف عن المقاصد والمعاني الحقيقية التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين المشتركة دون الوقوف أو التقيد بالألفاظ والعبارات المستعملة في حرفيتها.

ـ إعمال الكلام خير من إهماله، وعلى ذلك فإذا كانت عبارة العقد تتحمل أكثر من معنى، فإنها تحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثراً قانونياً[(١)].

ـ إن بنود العقد يفسر بعضها بعضاً، فلا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية عبارات العقد، بل يجب تفيسرها باعتبارها جزءاً من كل هو العقد[(٢)].

ـ تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها حتماً تنفرد بالحكم. فإذا تضمن العقد نصاً على حالة لتوضيح الالتزام، فإن هذا لا يعني بالحتم قصر العقد على هذه الحالة دون أن يمتد إلى غيرها، وإنما الأمر يتوقف على اتجاه إرادة المتعاقدين المشتركة.

استخلاص القاضي للنية المشتركة للمتعاقدين بالاستعانة بهذه الوسائل الداخلية، هو مسألة موضوعية لا يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض، لأن إرادة العاقدين هي من مسائل الواقع لا من مسائل القانون[(٣)].

فإذا تعذر على القاضي بالرغم من الالتجاء إلى هذه الوسائل الداخلية أن يهتدي إلى معنى يرجحه للعبارة الغامضة وجب عليه عندئذ الاستعانة ببعض الوسائل الخارجية.

ومن العوامل الخارجية في تفسير العقد العرف الجاري في التعامل، فإذا كانت

---

(١) انظر في طرق التفسير في فرنسا

Jean Carbonnier, Droit civil, t. 4, les obligations, 1979 n.66, p. 238 Gérard Farjat, Droit privé de l'économie, 2, Théorie des obligations, 1975, p. 313.

(٢) انظر في تطبيق ذلك نقض مدني ٣٠ نوفمبر ١٩٦٧ م مجموعة أحكام النقض، السنة ١٨ ق.جـ ٤ رقم ٢٧٠ ص ١٧٧٩.

(٣) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٥٢ ص ٣٠٦.

عبارات العقد وبنوده مبهمة وجب تفيسرها على ضوء هذا العرف. ومن هذه العوامل أيضاً الطريقة التي ينفذ بها المتعاقدان العقد، إذا كان قد بدأ في تنفيذه[1].

وفي الفقه الإسلامي قواعد كلية في تفسير العقد، وهي قواعد لا تختلف عن نظائرها مما قدمنا في فقه القانون الوضعي. ومن أمثلة هذه القواعد، أنه إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع (م ٤٦ مجلة) إعمال الكلام خير من إهماله (م ٦٠ مجلة)، إذا تعذر إعمال الكلام يهمل (م ٦٢ مجلة)، وهذه القاعدة متممة لما قبلها، ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله (م ٦٣ مجلة)، المطلق يجري على إطلاقه، ما لم يقم دليل على التقييد نصاً أو دلالة (م ٦٤ مجلة)، الوصف في الحاضر لغو في الغائب معتبر (م ٦٥ مجلة)، السؤال معاد في الجواب (م ٦٦ مجلة) حكم النماء حكم الأصل (القواعد لابن رجب في الفقه الحنبلي ص ١٦٦)، الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر (الفروق للقرافي في الفقه المالكي جزء ٤ ص ١٠٤) الخراج بالضمان (الأشباه والنظائر للسيوطي في فقه الشافعي ص ٩٣)[2].

٣ ـ حالة الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين:

إن كان هناك شك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، بأن يتراوح معنى العبارة الغامضة بين وجوه متعددة كل وجه منها محتمل ولا ترجيح لوجه على آخر، فإن القاعدة في هذا الصدد أن الشك يفسر في مصلحة المدين. (م ١٥١/١ مدني مصري م ٣٦٩ موجبات وعقود لبناني). وتطبيق هذه القاعدة مشروط بأن يكون هناك شك يتعذر جلاؤه. فإذا أمكن القاضي أن يكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فلم يكن هناك شك حول مقصدهما، فإنه يتعين الأخذ بما قصداه، ولو كان ذلك في غير مصلحة المدين.

كما يستثنى من هذه القاعدة، عقود الإذعان، التي يفسر الشك فيها دائماً

(١) السنهوري، الوجيز، المرجع السابق، فقرة ٢٦١ ص ٢٣٤.

(٢) انظر في تفصيل ذلك السنهوري، مصادر الحق، ص ٣٦ وما بعدها. ونلفت النظر أنه يقصد بالمجلة هنا، مجلة الأحكام الشرعية، وهي تقنين مدني للفقه الحنفي وضعته لجنة من الفقهاء أيام الدولة العثمانية. كما أن التقنين المدني العراقي قد نقل عن الفقه الإسلامي أكثر هذه القواعد في تفسير العقد من المادة ١٥٥ إلى المادة ١٦٢. وانظر أيضاً المادة ٢١٣ من القانون المدني الأردني. وقارن ما ورد في مجلة الأحكام العدلية (م ٢، ٣، ١٣، ٣٨، ٤٣، ٤٤).

لمصلحة الطرف المذعن، ولو كان هو الدائن (م ١٥١/ ٢ مدني مصري).

وفي الفقه الإسلامي الشك يفسر في مصلحة المدين. فهناك قواعد كلية ثلاث أوردها ابن نجم في الإشباه والنظائر في الفقه الحنفي (ص ٢٨ ـ ص ٢٩). تتضافر كلها على إقرار هذا المبدأ: القاعدة الأولى: هي أن اليقين لا يزول بالشك. القاعدة الثانية: أن الأصل بقاء ما كان على ما كان وبراءة الذمةِ تسبق المديونية، فتبقى براءة الذمة قائمة على ما كانت، ولا تزول إلا بمديونية قامت على يقين. والقاعدة الثالثة: أن الأصل براءة الذمة، فيفرض فيمن يدعى عليه بالدين أنه بريء الذمة، حتى يقيم من يدعي الدين الدليل القاطع على أن له ديناً في ذمته، وإذا كان هناك شك في مديونية المدين استصحب براءة ذمته وفسر الشك في مصلحته[1].

وبعد العرض السابق نخلص إلى أن قواعد تفسير العقد في الفقه الإسلامي قريبة من قواعد التفسير في فقه القانون الوضعي. وأن الفرق الجوهري بين الفقه الإسلامي وفقه القانون الوضعي أن قواعد تفسير العقد أكثر شمولاً وأكثر وضوحاً في الفقه الإسلامي وإن كانت متناثرة في أبواب الفقه المتفرقة. وهذه القواعد لا توجد في صورة قواعد كلية إلا في بعض كتب الفقه التي عرضت لتقعيد القواعد وتأصيلها كما هو واضح من العرض السابق.

ثانيا: تحديد نطاق العقد

هل يقتصر العقد على الالتزامات التي أنشأها وكما اتضحت من تفسير إرادة المتعاقدين المشتركة، أم نطاق العقد يتسع ليشمل أشياء أخرى؟ وإذا كان الأمر كذلك فكيف نحدد نطاق العقد؟

١ - المقصود بتحديد نطاق العقد:

لتحديد مدى القوة الملزمة للعقد، فإن القاضي يقوم بتفسير العقد، وذلك عن طريق استخلاص ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين. فإذا فرغ من تفسير العقد انتقل إلى تحديد نطاق العقد.

ولا يقتصر القاضي في تحديد نطاق العقد على ما ورد فيه وفقاً للإرادة المشتركة

(١) وقد نص التقنين المدني العراقي على هذه القاعدة في المادة ١٦٦ منه

للمتعاقدين، بل يجاوز ذلك إلى ما لم تتعلق به هذه الإرادة المشتركة ولكنه يعتبر من مسلتزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، والعقد على هذا النحو يلتزم المتعاقدان بتنفيذه، ويكون التنفيذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية كما سنرى فيما بعد.

٢ ـ كيف يتم تحديد نطاق العقد:

يتضح مما تقدم أن القاضي في تحديده لنطاق العقد، لا يقتصر على ما ورد فيه صراحة، بل يضيف إليه ما يعتبر من مستلزمات العقد. فالعقد يتحدد نطاقه بما ورد فيه وفقاً للإرادة المشتركة للمتعاقدين، مضافاً إليه ما يعتبر من مستلزماته.

والقاضي عند تحديد نطاق العقد يسترشد في ذلك بعدة عوامل أهمها:

١ ـ طبيعة الالتزام. ٢ ـ القانون في أحكامه التكميلية والمفسرة. ٣ ـ العرف والشروط المألوفة. ٤ ـ العدالة (م ١٤٨/٢ مدني مصري، م ٣٧٠، ٣٧١ موجبات وعقود لبناني).

(١) فيستطيع القاضي أن يسترشد بطبيعة الالتزام لاستكمال نطاق العقد. فمن يبيع سيارة مثلاً، يفترض أنه قد باع معها كافة الأدوات الإضافية التي لا تسير السيارة بدونها. ومن يبيع محلاً تجارياً يجب عليه أن يسلم للمشتري الدافتر والسجلات التي تبين المركز المالي للمحل التجاري، ما له من حقوق وما عليه من ديون، وكل ما يتصل بالعملاء من بيانات مفيدة. ومن ذلك أيضاً أن القضاء يدخل في عقد نقل الأشخاص، التزاماً على الناقل بضمان سلامة الوصول. إذ المفروض من طبيعة الالتزام بالنقل أن يضمن الناقل تحقيق نتيجة محددة، وهي وصول الشخص سالماً معافاً إلى مكان الوصول.

(٢) كما أن القاضي يلجأ إلى القوانين التكميلية أو المفسرة لتحديد نطاق العقد واستكماله. فالمتعاقدان يتركان المسائل التفصيلية دون تحديد. وعندئذ تكون القوانين المفسرة عوناً للقاضي في استيفاء هذه المسائل. ومثال ذلك عقد البيع الذي يتفق فيه على الثمن والمبيع، ويترك زمان ومكان تسليم المبيع دون تحديد. فهنا يستعين القاضي بأحكام القانون لإجراء هذا التحديد.

(٣) ويسهم العرف كذلك في تحديد مضمون العقد، كما أسهم في تفسير هذا العقد. والعرف يجري مجرى القانون ويكمل نطاق العقد بوجه خاص في المسائل التجارية والمعاملات البحرية. كما ينتشر الأخذ به على وجه الخصوص في أعمال البنوك والعقود التجارية. ويتصل بالعرف الشروط المألوفة، فتضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة بإدراجها فيه دون الحاجة إلى النص عليها صراحة. ومثال ذلك النسبة المئوية التي تتقاضاها الفنادق والمطاعم والمقاهي بالإضافة إلى حساب العميل.

(٤) قد يستأنس القاضي بقواعد العدالة للكشف عن نطاق العقد وتحديد مضمونه. فبائع المحل التجاري يلتزم نحو المشتري بعدم القيام بمنافسة مفتعلة لانتزاع عملاء المتجر، والعامل الذي يطلع على أسرار المصنع بحكم عمله يلتزم بعدم إفشاء أسرار المصنع ولو لم يشترط عليه ذلك. والمؤمن على منزله من الحريق يلتزم عند وقوع الحادث بالقيام بكل محاولة جدية في سبيل الحد من تفاقم الحادث، ولو لم يذكر ذلك في العقد. مثل هذه الالتزامات يفترض دخولها في نطاق العقد، حتى لو لم يرد بشأنها نص في القانون أو لم يتفق عليها. وذلك أن العدالة تقتضي تقريرها.

وفي الفقه الإسلامي يسترشد في تحديد نطاق العقد. ١ ـ بالعرف والعادة. ٢ ـ بطبيعة الالتزام. فيتبع العين ما تستلزمه طبيعتها من ملحقات.

وقد ورد في مجلة الأحكام الشرعية من القواعد الكلية التي تلزم الأخذ بالعرف والعادة في تحديد نطاق العقد. ونذكر منها على سبيل المثال: العادة محكمة (م ٣٦ مجلة) وأصلها قوله عليه الصلاة والسلام **«ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»**، استعمال الناس حجة يجب العمل بها (م ٣٧ مجلة)، الممتنع عادة كالممتنع حقيقة (م ٣٨ مجلة)، الحقيقة تترك بدلالة العادة (م ٤٠ مجلة)، إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت (م ٤١ مجلة)، العبرة للغالب الشائع لا النادر (م ٤٢ مجلة)، المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً (م ٤٣ مجلة)[١].

فالفقه الإسلامي يسترشد بطبيعة الالتزام في تحديد نطاق العقد، فطبيعة الالتزام تقتضي أن يلحق العين ما هو تابع لها وما تستلزمه تلك الطبيعة من ملحقات. وقد

(١) انظر السنهوري مصادر الحق، جزء ٦، ص ٤٣ وما بعدها.

أوردت المجلة قواعد كلية في هذا المعنى نذكر منها على سبيل المثال، التابع تابع، فإذا بيع حيوان في بطنه جنين دخل الجنين في البيع تبعاً (م ٤٧ مجلة)، والتابع لا يفرد بالحكم (م ٤٨ مجلة) من ملك شيئاً ملك ما هو ضروراته: فمن اشترى داراً ملك الطريق الموصل إليها (م ٤٩ مجلة)، إذا سقط الأصل سقط الفرع (م ٥٠ مجلة)، فإذا بريء الأصيل بريء الكفيل، وإذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه (م ٥٢ مجلة)، فإذا فسد الصلح والبيع بطل ما وقع في ضمنهما من الإقرار والإبراء بين المتعاقدين[1].

المطلب الثاني: إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد

القاعدة العامة والاستثناء منها: القاعدة العامة هي أن يلزم العاقد بتنفيذ العقد وفقاً لمضونه الذي تحدد على النحو المتقدم، وهذا ما يعبر عنه بأن «العقد شريعة المتعاقدين». فالواجب إذن تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه. ويرد على هذه القاعدة استثناءات أهمها ما تقضي به نظرية الظروف الطارئة من جواز تعديل العقد. وفيما يلي نعالج تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه، ثم نبحث الاستثناء الوارد بشأن الظروف الطارئة.

أولاً: تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه:

القاعدة العقد شريعة المتعاقدين: لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون. (م ١٤٧ مدني مصري، م ١/٢٢١ موجبات وعقود لبناني والتي تنص على أن «العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين». ولنفهم هذه القاعدة يجب علينا أن نقف على مقتضياتها.

١ ـ المقضتى الأول: عدم جواز نقص العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون:

ويترتب على هذا المقتضى عدة نتائج في غاية الأهمية: أول هذه النتائج أنه متى

---

(١) انظر في تفصيل ذلك السنهوري، مصادر الحق، جزء ٦ ص ٤٨ وما بعدها. ويجب أن نشير إلى أن التقنين المدني العراقي قد نقل عن الفقه الإسلامي القواعد المتعلقة بتحديد نطاق العقد عن طريق العرف والعدالة وطبيعة الالتزام في المادة ٢/١٥٠ إلى المادة ١٦٥. وانظر أيضاً المواد ٤٦٩ ـ ٤٨٠ مرشد الحيران وقارن المادة ١٠٢ أردني.

انعقد العقد صحيحاً التزام كل من طرفيه بتنفيذه، فلا يستطيع أي منهم أن يتحلل منه بإرادته المنفردة إلا في الحدود التي يسمح بها القانون.

النتيجة الثانية يكون تطبيق العقد أمام القاضي في حكم تطبيق القانون. وذلك أن العقد يعتبر قانوناً للمتعاقدين في حدود ما جاء به. وليس المقصود بهذا أن العقد يشبه القانون من جميع الوجود. بل يقصد فقط، أن الإلتزام الذي ينشأ عنه له قوة الالتزام الناشيء من القانون، أو بعبارة أخرى ما تعهد به المدين له قوة ما يفرضه القانون نفسه[1].

النتيجة الثالثة أن القاضي لا يملك التعديل أو التغيير في العقد، كما هو ممتنع عليه بالنسبة للقانون. فلا يصح للقاضي أن يعدل عقداً صحيحاً بحجة أن التعديل تقتضيه العدالة. فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين كما تقدم. ولكنها لا تنسخها إلا بناء على أحكام القانون[2].

هذا هو الأصل على أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على نقص العقد أو تعديله، فكما يملكان إنشاء العقد وتحديد نطاقه يمكنهما أيضاً الخروج منه أو تعديله. فمن يملك الإنشاء يملك الإلغاء والتعديل. كما أن لهما أن يتفقا على إعطاء هذا الحق لأحدهما، لأنه من يملك الكل يملك الجزء. وفي بعض الحالات يتكفل القانون بإعطاء أحد المتعاقدين الحق في إنهاء العقد بإرادته المتفردة، كما هو الحال في الوكالة والوديعة والعقود الزمنية التي لم تحدد لها مدة كالشركة، والإيجار وعقد العمل. كما يجوز للواهب أن يرجع في الهبة بترخيص من القضاء، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول.

وهناك أحوال استثنائية ينص فيها القانون على تخويل القاضي سلطة تعديل العقد، وذلك استجابة لاعتبارات العدالة. ومن هذا القبيل سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي وهو التعويض الاتفاقي، إذا كان مبالغاً فيه ولم يوضع إلا على سبيل التهديد لإكراه المدين على الوفاء (م ٢٢٤ مدني مصري، م ٢٦٦/٢ موجبات وعقود

(١) انظر في أهمية تنفيذ الالتزام وتطوره، نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف ١٩٨٢ م، فقرة ١، وما بعدها ص ٥ وما بعدها.
(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٥٤ ص ٣١٢.

لبناني)[1]، وسلطته في منح المدين أجلاً للوفاء بالتزاماته (نظرة ميسرة)، (م ٣٤٦ مدني مصري، م ١١٥ موجبات وعقود لبناني)، وسلطته في أن يعدل أجر الوكيل.

على أن أهم الحالات التي خول القانون فيها سلطة تعديل العقد استثناء من قوته الملزمة، حالتان: الحالة الأولى خاصة بعقود الإذعان، حيث يجوز للقاضي تعديل الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد، بل وأن يعفى الطرف المذعن منها. والحالة الثانية هي حالة الظروف الطارئة حيث يجوز للقاضي أن يعدل العقد فيرد الالتزام إلى الحد المعقول، وهذه الحالة بصفة خاصة سوف ندرسها تفصيلاً بعد حين.

٢ ـ المقتضى الثاني: وجوب تنفيذ المتعاقدين للعقد طبقا لما اشتمل عليه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية:

وإذا كانت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، تفرض على المتعاقدين عدم المساس بالعقد سواء من حيث تعديله أو نقضه، إلا باتفاقهما أو في الأحوال التي يقررها القانون، فإنه من مقتضيات هذه القاعدة أيضاً وجوب تنفيذ المتعاقدين للعقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (م ١٤٨/ مدني مصر وتنص المادة ١/٢٢١ موجبات وعقود لبناني على أن «العقود يجب أن تفهم وتفسر وتنفذ بحسن النية والانصاف والعرف».

والمفروض أن حسن النية هو أساس التعامل، ويقتضي حسن النية أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد بالطريقة التي تقتضيها الأمانة والنزاهة في التعامل. فناقل البضاعة مثلاً يجب أن ينقلها بأنسب الطرق إلى أصحابها، والمؤمن على منزله من الحريق يجب أن يبذل كل جهد في سبيل منع تفاقم الحريق عند وقوعه، والمستأجر يلتزم بإخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله مثل حاجة العين إلى صلاحات عاجلة، والوكيل يجب عليه موافاة الموكل بكل المعلومات المتصلة بتنفيذ الوكالة.

ويلاحظ مما تقدم أن حسن النية في تنفيذ العقد يقتضي التعاون بين المتعاقدين.

---

(١) وفي القانون الفرنسي كان لا يجوز للقاضي أن يعدل الشرط الجزائي إلى عام ١٩٧٥ م، حين صدر قانون يجيز له ذلك. انظر في ذلك.

La clause pénale. Ph. Malaurie, Rep. not., Defrenois, 1976, art, 31075; Boccara, J.C.P. 1975, I. 2742 S. Sanz Rev. trim dr. civ. 1977, 278. Vo en gènéral , J. Carbonnier. op. cit., no 78, P. 291; G. Farjat, op. cit, P. 353.

ولذلك فإن تنفيذ العقد بسوء نية يرتب مسؤولية المتعاقد، ويلزمه بالتعويض عن الضرر في الحدود التي يرسمها القانون.

في الفقه الإسلامي، كما في فقه القانون الوضعي، القاعدة العامة هي أن العقد شريعة المتعاقدين، فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه نطاقه دون تعديل فيه، إلا ما اتفق عليه المتعاقدان. وقد يصلان في اتفاقهما لا إلى حد تعديل العقد فحسب، بل إلى حد التقايل منه. ويستثنى كذلك من وجوب تنفيذ العقد ما ورد فيه نص من بطلان للعقد الموقوف أو فسخ للعقد الفاسد، أو رجوع في العقد غير اللازم، إذا ثبت له خيار من الخيارات المعروفة.

ولا يجوز للقاضي أن يعدل العقد من غير رضاء المتعاقدين جميعاً. ومع ذلك يعرف الفقه الإسلامي نظرية فسخ العقد وهي قريبة من نظرية الظروف الطارئة كما سنرى فيما بعد[1].

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أنه لا توجد نظرية عامة للعقد في كتب الفقه الإسلامي، وإنما تستخلص هذه النظرية من ثنايا الأحكام التي يوردها الفقهاء في مناسبة كل عقد من العقود المسماة وبخاصة عقد البيع. لذلك إذا أردنا أن نبحث في الفقه الإسلامي كيف يكون تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه، يجب أن نستعرض العقود المعروفة في الفقه الإسلامي عقداً عقداً، لننظر كيف يقوم المتعاقدان بتنفيذ كل عقد منها، وهذا أمر يخرج عن نطاق دراستنا[2].

ثانيا: نظرية الظروف الطارئة

هذه النظرية تعطي للقاضي سلطة تعديل العقد استثناءً من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. ولذلك يجب أن نقف على التعريف بهذه النظرية وتطورها التاريخي، ثم نعرض بعد ذلك لشروط تطبيقها وما يعطيه للقاضي من سلطة لتعديل العقد.

١ - **التعريف بالنظرية وتطورها التاريخي**: مقتضى هذه النظرية أنه إذا ما طرأ بعد

(١) السنهوري، مصادر الحق، جزء ٦ ص ٥٠. وقد ورد في التقنين المدني العراقي قواعد منظمة لهذه المسألة، وقد نقلت عن الفقه الإسلامي في المواد من ١٤٥-١٥٠، وانظر أيضاً المادة ٣٠٦ من مرشد الحيران.

(٢) انظر في تفصيل ذلك السنهوري، مصادر الحق، جزء ٦، ص ٥١ وما بعدها.

إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه حوادث لم تكن متوقعة ترتب عليها اختلال التعادل بين التزامات الطرفين اختلالاً فادحاً بحيث أصبح التزام أحدهما مرهقاً يهدده بخسارة جسيمة، فعندئذ يجوز للقاضي أن يتدخل في العقد، لا لإحلال المدين من التزامه، وإنما لتعديل التزامات الطرفين على الوجه الذي يرد به الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. مثل ذلك عقد توريد حُدّد فيه سعر السلعة التي تعهد العاقد بتوريدها على أساس الظروف الاقتصادية القائمة وقت إبرام العقد، ثم يحدث حادث غير متوقع كحرب مثلاً، يترتب عليها ارتفاع فاحش في الأسعار، بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد بالسعر المتفق عليه يتهدده بخسارة فادحة، تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار.

ويرجح أصل نظرية الظروف الطارئة إلى القانون الكنسي، حيث كان الفقهاء الكنسيون يحرمون الغبن في العقود، سواء تحقق الغبن منذ إبرام العقد، أو طرأ عند تنفيذه فهو في الحالتين نوع من الربا المحرم[1].

إلا أن سيادة مبدأ سلطان الإرادة قد أدى إلى اندثار نظرية الظروف الطارئة وذلك لأنها تبيح، على غير مقتضى هذا المبدأ للقاضي أن يعدل العقد بناء على طلب أحد المتعاقدين دون رضاء الطرف الآخر، مما يشكل إهداراً للقوة الملزمة للعقد. ولذلك نجد القضاء المدني الفرنسي يرفض الأخذ بهذه النظرية إلى الآن، رغم محاولات الفقه الجادة والمتعددة لإيجاد سند لهذه النظرية في المبادىء العامة في القانون المدني. ومع ذلك فقد اضطر المشرّع الفرنسي أن يتدخل في حالات متعددة للأخذ بنظرية الظروف الطارئة وبنصوص خاصة، وعلى العكس ازدهرت نظرية الظروف الطارئة في نطاق القانون الإداري وأخذ بها مجلس الدولة الفرنسي منذ الحرب العالمية الأولى، مراعياً في ذلك ضرورة ضمان سير المرافق العامة[2].

ويسلم رجال الفقه الإسلامي بنظرية الظروف الطارئة في بعض العقود، وبخاصة في عقد الإيجار. فيفسخ الإيجار بالعذر في مذهب الحنفية، لأنه لو لزم العقد عند

---

(١) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٥٥ ص ٣١٤.

(٢) انظر في تفصيل ذلك:

B. Starck, op, cit., nos. 1910 et p. 565 ets. J. Flour, op. cit., nos 401 ets. p. 311 ets, Jacques Ghestin, Traité de droit civil, les obligations, 1980, n 148 p. 105 ets, no 557 p. 462, J. Carbonnier, op. cit., no 67 p. 240 ets., G. Farjat, op., cit., p. 53 et p. 268.

تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر[1]. أما المذهب المالكي فهو يقر فسخ الإيجار للعذر في حدود أضيق بكثير من المذهب الحنفي[2]. بالنسبة للمذهب الشافعي. فالأصل ألا تفسخ الإجارة بالعذر. إلا إذا أوجب خللاً في المعقود عليه، أو كان عيباً فيه تنتقص به المنفعة أو تعذر استيفاء المنعفة تعذراً شرعياً[3]. والأصل أيضاً في المذهب الحنبلي ألا تنفسخ الإجارة بالعذر، إلا إذا أوجب خللاً أو عيباً في المعقود عليه تنتقص به المنفعة أو تعذر اسيتفاء المنفعة تعذراً شرعياً[4].

وقد أخذت التقنيات المدنية في معظم الدول العربية بنظرية الظروف الطارئة[5].

٢ ـ شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

تتعلق هذه الشروط بالعقد الذي تثار النظرية في شأنه، وبطبيعة الحادث الطارىء وبالأثر المرتب.

(أ) **ففيما يتعلق بالعقد:** يشترط أن يكون العقد متراخياً في تنفيذه بغير خطأ المدين، فطرأ الحادث الذي ترتب عليه اختلال توازن العقد في الفترة ما بين إبرامه وتمام تنفيذه.

وعلى ذلك فإذا كان العقد قد تم تنفيذه فعلاً قبل طروء الحادث فلا يكون هناك محل لتطبيق النظرية ولا يجوز إعادة النظر في العقد بداهة. وكذلك إذا كان تراخي التنفيذ راجعاً إلى خطأ المدين، ثم طرأ الحادث الذي أدى إلى اختلال توازن فإنه بالرغم من ذلك لا تطبق نظرية الظروف الطارئة إذ يجب ألا يفيد أحد من تقصيره أو إهماله.

---

(١) البدائع ٤ ص ٢٩٧ وانظر في تفصيل ذلك السنهوري، مصادر الحق، جزء ٦٢ ص ٩١ وما بعدها.

(٢) انظر السنهوري، مصادر الحق، ص ٩٧ وما بعدها.

(٣) انظر في تفصيل ذلك السنهوري، مصادر الحق، جزء ٦، ص ٩٩ وما بعدها.

(٤) انظر في تفصيل ذلك السنهوري، مصادر لحق، جزء ٦، ص ١٠١ وما بعدها.

(٥) وقد نص التقنين المدني المصري على نظرية الظروف الطارئة في المادة ٢/١٤٧ وكذلك فعل التقنين السوري في المادة ١/١٤٨ والتقنين الليبي في المادة ٢/١٤٧ وفي التقنين العراقي في المادة ٢/١٤٦ وكل هذه النصوص متطابقة.

فتطبيق نظرية الظروف الطارئة يكون مجاله الطبيعي في العقود الزمنية بطبيعتها مثل العقود المستمرة كعقود الإيجار، أو تكون دورية التنفيذ كعقد التوريد. وتنطبق النظرية أيضاً على كل عقد متراخي التنفيذ. سواء كان من العقود الفورية التي يستغرق تنفيذها مدة من الزمن كعقد المقاولة، أو من العقود الفورية التي يكون التراخي فيها راجعاً إلى اتفاق الطرفين بأن أضافا تنفيذ الالتزام إلى أجل واقف. كعقد بيع أجل فيه الوفاء بالثمن[1].

ويجب أخيراً استبعاد العقود الاحتمالية وعقود المضاربة في البورصة من نطاق تطبيق النظرية[2]. فمثل هذه العقود تفترض بطبيعتها أن يتعرض أحد المتعاقدين للخسارة أو الربح مهما كانت الخسارة جسيمة أو الربح كبيراً.

(ب) فيما يتعلق بطبيعة الحادث وأوصافه: يجب أن يكون الحادث استثنائياً أي نادر الوقوع غير مألوف مثل الحرب أو الزلزال أو الفيضان، أو انتشار وباء أو قيام إضراب أو استيلاء إداري. وعلى ذلك يجب أن تستبعد الحوادث الخاصة بالمدين مهما كانت استثنائية. ومثال ذلك إفلاس المدين، أو إصابته بمرض، أو احتراق محصوله، أو هلاك بضاعته. فإن هذه الحوادث ترهق المدين في تنفيذ التزامه ولكنها لا تعتبر من قبل الحوادث الطارئة، التي تبرر تطبيق أحكام هذه النظرية.

كما يجب في الحادث الاستثنائي أن يكون عاماً. والمقصود بوصف العمومية ألا يكون الحادث قاصراً على المدين أو خاصاً به فقط. وإنما يجب أن يكون مجرداً وشاملاً لطائفه من الناس، كفيضان عالٍ منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأراضي من بينها أرض المدين، أو غارة غير منتظرة للجراد، تأتي على محصول منطقة معينة تقع فيها أرض المدين.

---

(١) انظر نقص مدني، ٢٠ ديسمبر ١٩٦٢ م مجموعة أحكام النقض ١٣ ق جزء ٣ رقم ١٨٦ ص ١١٧٤، انظر في تطبيق هذه النظرية في مجال القانون الزراعي، نبيل سعد، القانون الزراعي، الملكية الزراعية، منشأة المعارف، ١٩٨٦ م ص ٥٦ وما بعدها.

(٢) قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز إعمال نظرية الحوادث الاستثنائية المنصوص عليها في المادة ٢/١٤٧ مدني في شأن عقود بيع القطن الآجلة (الكونتراتات)، لأن المتعاقد يعلم سلفاً أنه يتعاقد بعقد احتمالي مبناه فكرة المخاطرة، (نقض مدني، ١٥ فبراير ١٩٦٦ م مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ جزء ١ رقم ٣٨ ص ٢٨٧.

ويجب أخيراً أن يكون الحادث الاستثنائي العام غير متوقع، أي ليس في الوسع توقعه وقت إبرام العقد. والعبرة في التوقع بمعيار موضوعي، هو معيار الشخص المعتاد.

(جـ) **ومن حيث أثر الحادث**: يشترط أن يكون قد ترتب عليه أن أصبح تنفيذ الإلتزام مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة. فالحادث الطارىء لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، بل مرهقاً فحسب. وهذا هو الفارق بين الحادث الطارىء والقوة القاهرة. فالقوة القاهرة تجعل نفيذ الالتزام مستحيلاً، ولذلك يترتب عليها انقضاء الالتزام. أما الحادث الطارىء فهو يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً ولذلك فلاينقضي الالتزام بل يرد إلى حد المعقول.

ولا يعتبر تنفيذ الالتزام قد صار مرهقاً لمجرد أن المدين سيصاب بالخسارة من جراء التنفيذ بل يجب أن تكون الخسارة فادحة. والمعيار في ذلك ليس معياراً شخصياً ينظر فيه إلى الشخص المدين، بل هو معيار موضوعي ينظر فيه إلى الصفقة ذاتها مقيسة بظروف المدين العادي، أو بعبارة أخرى أن العبرة في هذا الشأن بالخسارة التي تصيب المدين في صفقة معينة بالذات، بصرف النظر عن ثرائه الذي يجعله قادراً على تحمل الخسارة[1]، أو أي ظروف أخرى خاصة به تخفف من حدة الإرهاق.

فإذا تعاقد شخص على توريد سلعة معينة، ثم ارتفع سعرها ارتفاعاً باهظاً بسبب حادث طارىء، فله أن يتمسك بأحكام النظرية، حتى ولو كان ثرياً في مقدوره أن يقوم بتوريد السلعة بالسعر المتفق عليه رغم ارتفاع ثمنها.

وبالمثل للحكومة أن تتمسك في مواجهة الفرد بنظرية الظروف الطارئة إذا كانت الصفقة التي عقدتها تهددها بخسارة فادحة بالنسبة إلى الصفقة ذاتها ولا يجوز الاحتجاج بأن الحكومة لا يرهقها تحمل اخسارة باعتبار أنها شيء لا يقاس بضخامة ميزانيتها وطاقتها المالية.

بل وإن الإرهاق في تنفيذ الالتزام يتحقق حتى ولو كان المدين قد تهيأت له ظروف خاصة به خففت من حدة الإرهاق. فإذا تعهد تاجر بتوريد سلعة معينة وقام

---

(١) انظر في ذلك إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٥٦ ص ٣١٨، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ١٦٩، ص ٢٥٦، جلال العدوي، المرجع السابق، ص ١٨٠.

بتخزين كمية كبيرة منها دون أن يكون متوقعاً ارتفاع السعر ودون أن يكون ثمة صلة بين التخزين وبين تعهده بالتوريد، ثم ارتفع السعر ارتفاعاً باهظاً بسبب حادث طارىء، جاز له التمسك بنظرية الحوادث الطارئة، ما دامت شروطها الموضوعية متوافرة في الصفقة. أما الكسب الذي يحققه من السلعة المحزونة فيستأثر هو به. ولا يجوز للدائن الاحتجاج بوجود السلعة في المخزن.

ومن هنا نرى أن الإرهاق يتحدد بمعيار موضوعي بالنظر إلى الصفقة في ذاتها، بصرف النظر عن الظروف المخففة المحيطة بالمدين[1].

٣ ـ سلطة القاضي في تعديل العقد للحادث الطارىء:

وفي هذا الصدد سنعرض لطبيعة سلطة القاضي وحدودها وما يدخل فيها وما يخرج عنها.

ـ طبيعة سلطة القاضي وحدودها:

متى توافرت الشروط السابقة فإنه يجوز للقاضي أن يوازن تبعاً للظروف بين مصلحة الطرفين وأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

وبذلك يملك القاضي في هذا الصدد سلطة تجاوز حدود سلطاته العادية. فهو في الأصل لا يملك في العقد إلا أن يفسر عباراته الغامضة أو يحدد نطاقه في الحدود التي رسمها له القانون. ولكن لا يجوز له أصلاً أن يتناول بالتعديل ما اتفق عليه.

أما في حالة الحوادث الطارئة فإن القانون يكفل للقاضي سلطة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. وهي سلطة تقديرية واسعة، يستطيع القاضي بموجبها اختيار الطريقة التي يزيل بها الإرهاق عند تنفيذ الالتزام.

ولنعرض الآن ما يدخل في سلطة القاضي وما يخرج عنها.

أ ـ ما يدخل في نطاق سلطة القاضي التقديرية:

(١) فقد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، بحيث يتحقق

---

(١) انظر شمس الدين الوكيل، مبادىء القانون الخاص، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، ١٩٦٥ م، فقرة ٢٨١ ص ٤١١، ٤١٢.

التوازن الاقتصادي بينهما، فإذا تعهد شخص مثلاً بتوريد قمح بسعر أربعة جنيهات، ثم ارتفع السعر بسبب حادث طارىء إلى عشرة جنيهات. ففي هذه الحالة يرفع القاضي السعر المتفق عليه في العقد، ويراعي في ذلك عدم الاعتداد بالزيادة المألوفة. أي أنه يرفع السعر في الحدود التي لا تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً بالنسبة للمدين. وبذلك لا يكون السعر الذي يقرره القاضي هو عشرة جنيهات للأردب، وإنما قد يكون مثلاً سبعة جنيهات.

وواضح من هذا المثال أن القاضي لا يرفع السعر الوارد في العقد إلى السعر الجديد الباهظ، وإلا كان في ذلك تحميل للطرف الآخر، ليس فقط تبعة الارتفاع الباهظ للأسعار بأكمله، بل أيضاً تبعة الارتفاع المألوف. والمفروض أن الارتفاع العادي المألوف يتحمله المدين.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن القاضي عندما يرفع السعر، لا يفرض على الطرف الآخر الشراء بالسعر الذي حدده، بل يكون له الخيار بين أن يشتري به أو يفسخ العقد، فإذا تخير الفسخ كان ذلك محققاً لمصلحة المدين، إذ يزول عن عاتقه كل أثر للحادث الطارىء.

(٢) وقد يرى القاضي بدلاً من زيادة الالتزام المقابل، أن ينقص من الالتزام المرهق ذاته. مثال ذلك أن يتعهد شخص بتوريد كمية من الصلب ثم يرتفع سعره ارتفاعاً باهظاً بسبب حرب جعلت استيراده متعذراً. وهنا تنقص الكميات الموجودة منه في السوق. في هذه الحالة يجوز للقاضي أن ينقص الكمية التي يلتزم المدين بتوريدها، وذلك في الحدود التي تجعل تنفيذ الالتزام ميسوراً غير مرهق.

(٣) وأخيراً قد يرى القاضي لا إنقاص الالتزام المرهق ولا زيادة الالتزام المقابل، ولكن وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارىء إذا ظهر له أن هذا الحادث وقتي مما يقدر له الزوال في مستقبل قريب[1].

من ذلك مثلاً أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى في وقت محدد، وترتفع أسعار مواد

---

(١) انظر في النظرية العامة الموقف في تنفيذ العقد من حيث نطاقها وأساسها وآثارها رسالتنا للدكتوراه.

NABIL SAAD AWAAD, Essai d'une théorie générale de la suspension dans l'exécution du contrat, Etude comparée en droit civil Egyptien et droit civil Français, Dijon 1980.

البناء ارتفاعاً باهظاً بسبب حادث طارىء. فإذا قدر للقاضي أن هذا الارتفاع زائل في وقت قصير لقرب السماح باستيراد المواد اللازمة مثلاً، فهو يقضي بوقف تنفيذ التزام المقاول في الموعد المتفق عليه، حتى يتيسر للمقاول تنفيذ التزامه دون إرهاق. ويشترط ألا يترتب على وقف التنفيذ ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى.

ب ـ ما يخرج عن نطاق سلطة القاضي التقديرية:

وإذا كان من سلطة القاضي إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة المقابل أو وقف تنفيذ العقد، إلا أنه لا يجوز له على أية حال أن يحكم بالفسخ بناء على طلب المدين. وذلك لأن الهدف المقصود من نظرية الظروف الطارئة هو توزيع تبعة الحادث على الطرفين. وفي الفسخ بناء على طلب المدين تحميل للدائن وحده الخسارة كلها[1]. لكن ليس هناك ما يمنع من أن يطلب الدائن الحكم بفسخ العقد دون تعويض، إذا لم يشأ أن يقبل تعديله. إذ لا محل لأن يفرض على الدائن تعديل العقد إذا كان يؤثر التخلي عن الصفقة، وخاصة وأنه في هذه الحالة لا يصيب المدين أي ضرر، بل سيكون هذا في صالحه إذ يرتفع عن عاتقه كل أثر للحادث الطارىء[2].

جـ ـ تطبيق نظرية الظروف الطارئة من النظام العام:

وقد أراد المشرّع أن يكفل لنظرية الحوادث تطبيقاً فعّالاً، فمنع الاتفاق المسبق على استبعاد سلطة القاضي في التعديل. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك. وهذا يعني أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة من النظام العام. والعلة من تقرير هذا الحكم هو أنه لو سمح بالاتفاق على استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة، لاستطاع المتعاقد القوي أن يملي على المتعاقد الضعيف هذا الشرط وبذلك تغدو الحماية المقررة طبقاً لهذه النظرية صورية لا قيمة لها[3].

في القانون اللبناني: لم يرد نص يقرر هذه النظرية في تقنين الموجبات والعقود. ولذلك كان القضاء العادي في لبنان لم يأخذ بها لتعارضها مع ما تقضي به المادة ١/٢٢١ موجبات وعقود من أن العقد شريعة المتعاقدين. أما القضاء الإداري فقد سار على نهج مجلس الدولة الفرنسي حيث أخذ بهذه النظرية.

---

(١) السنهوري، الوجيز، المرجع السابق، فقرة ٢٧٦ ص ٢٥١، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٥٧، ص ٣١٩.

(٢) إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٥٧ ص ٣١٩.

(٣) انظر في هذا المعنى نفسه السنهوري، الوجيز، فقرة ٢٧٦، ص ١٥١ هامش ٣.

المبحث الثاني: جزاء القوة الملزمة للعقد

متى انعقد العقد صحيحاً فإنه يجب تنفيذه في جميع ما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. فإذا لم يقم المدين بتنفيذ العقد تقوم مسؤوليته العقدية، وذلك لأن للعقد قوته الملزمة. فعدم التنفيذ يعتبر عملاً مخالفاً للقانون. ولهذا فإن للدائن أن يلجأ إلى جبر وقهر المدين على التنفيذ العيني، فيحصل قهراً على عين ما التزم به المدين. فإذا تعذر الحصول على التنفيذ العيني كا للدائن أن يلجأ إلى التنفيذ بمقابل، بطريق التعويض.

وهذه القواعد تنطبق على الالتزامات جميعاً أياً كان مصدرها. غير أن المسؤولية العقدية، أي تلك التي تترتب على الإخلال بالتزام عقدي، بعض أحكام خاصة. فيجب أن تتوافر أركان المسؤولية العقدية، من خطأ عقدي، وضرر، ورابطة سببية بين الخطأ والضرر. كما أن التعويض الناشيء عن المسؤولية العقدية يقتصر على الضرر المتوقع إلا في حالتي الغش، أي الخطأ العمدي، والخطأ الجسيم. وبناءً على ذلك يجب أن نعرض لكل هذه النقاط باختصار، ثم نعقب ذلك بالكلام عن الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية.

كما أن هناك قواعد خاصة بعدم تنفيذ العقود الملزمة للجانبين. حيث إن تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه يترتب عليه حل الرباط العقدي، إذ يحق للطرف الآخر أن يلجأ إلى القضاء طالباً فسخ العقد والتعويض إن كان له محل. كما يجوز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، هذا هو الدفع بعدم التنفيذ.

وعلى ذلك سوف ندرس كلاً من المسؤولية العقدية والقواعد الخاصة بالعقود الملزمة للجانبين في مطلبين متتاليين.

المطلب الأول: المسؤولية العقدية

وفي هذا الصدد يجب أن ندرس أركان المسؤولية العقدية، ثم نعقب ذلك بدراسة الاتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية.

الفرع الأول ـ أركان المسؤولية العقدية

تبين لنا مما سبق أن المسؤولية العقدية هي جزاء عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه أو تأخره في هذه التنفيذ. وهي تؤدي إلى تعويض الدائن عمَّا أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ العقد. وهذا ما يسمى بالتنفيذ عن طريق التعويض أو التنفيذ بمقابل (م ٥/ ٢ مدني مصري، م ٢٥٢، ٢٥٤ موجبات وعقود لبناني). ولكي تقوم المسؤولية العقدية ينبغي أن يتوافر خطأ عقدي ينشأ عنه ضرر للمتعاقد ويكون بين هذا الخطأ وذلك الضرر رابطة سببية.

أولاً ؛ الخطأ العقدي

١ ـ تعريف الخطأ العقدي:

الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه. فالمدين يعتبر مخطئاً إذا هو لم ينفذ التزامه الناشىء عن العقد أو إذا تأخر في تنفيذه، ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام أو التأخير في تنفيذه ناشئاً عن عمده أو عن إهماله[١]. كما يستوي أن يكون عدم التنفيذ كليّاً أو جزئياً أو حتى مجرد التأخير فيه[٢].

٢ ـ كيفية تحديد الخطأ العقدي للمدين:

لكن لمعرفة متى يعتبر المدين أنه لم ينفذ التزامه؟ فإن الأمر يتوقف في الحقيقة على مضمون الالتزام ومداه. ذلك أن الالتزام قد يفرض على المدين تحقيق نتيجة معينة، وهذا هو الالتزام المحدد أو الالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة، وقد يفرض عليه التزاماً عاماً بمراعاة الحيطة والتبصر، وهذا هو الالتزام بوسيلة أو الالتزام ببذل عناية[٣].

---

(١) السنهوري، الوجيز، فقرة ٢٧٩ ص ٢٥٣، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٣٠٩ ص ٢٦٨.
(٢) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٣٢٠ ص ٤١٢.
(٣) انظر دراسة تفصيلية في المقارنة بين الخطأ العقدي في فقه القانون الوضعي والفقه الإسلامي، السنهوري، مصادر الحق، جزء ٦، من ص ١٣٨ إلى ص ١٦٧.

فإذا كان المتعاقد قد تعهد بتحقيق نتيجة معينة، أي أن تنفيذ التزامه الناشىء عن العقد لا يكون إلا بتحقيق نتيجة أو غاية معينة، كالتزامه بنقل ملكية شيء، أو بتسليم عين، أو بإقامة مبنى أو بالامتناع عن المنافسة، فإن عدم تحقيق هذه النتيجة أو الغاية يعتبر في ذاته عدم تنفيذ للالتزام. ويكفي الدائن أن يثبت أن النتيجة التي وعد بها المدين لم تتحقق، فيكون بذلك قد أثبت خطأ المدين. ولا يستطيع المدين في سبيل نفي خطئه أن يثبت أنه بذل كل ما في وسعه من الجهد لتحقيق النتيجة. وإنما هو لا يمكنه أن ينفي مسؤوليته إلا بنفي علاقة السببية، بأن يثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، كقوة قاهرة أو فعل الدائن نفسه أو فعل الغير.

أما إذا كان التزام المدين الناشىء عن العقد التزاماً ببذل عناية، أي يفرض عليه بذل جهد معين دون أن يكون ملزماً ببلوغ غاية معينة أو تحقيق نتيجة معينة، كالتزام الطبيب بالعلاج، أو التزام المحامي بالدفاع، فإن عدم التنفيذ، أي الخطأ العقدي، هو عدم بذل هذا الجهد أي عدم تقديم العناية الواجبة. وفي هذه الحالة ينبغي على الدائن إثبات الخطأ، أي أنه يثبت تقصير المدين في بذل هذه العناية الواجبة. والأصل أن العناية الواجب على المدين أن يبذلها في تنفيذ التزامه، هي عناية الشخص العادي، هذا إلا إذا قضى القانون أو الاتفاق بغير ذلك[1].

وعلى ذلك فلمعرفة متى يتوافر الخطأ العقدي للمدين، أي عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي، ينبغي أن نميز بين الالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة والالتزام ببذل عناية. فالالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة يكون الخطأ العقدي فيه هو عدم تحقيق هذه الغاية أو تلك النتيجة، والالتزام ببذل عناية يكون الخطأ العقدي فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة.

---

(١) وقد عرضت المادة ٢١١ من التقنين المدني المصري لهذا النوع من الالتزام، فنصت على ما يأتي: «١ - في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارتـه أو يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفّى بالالتزامات إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص المعتاد، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غيره. وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عمّا يأتيه من غش أو خطأ جسيم، ويطابق هذا النص المادة ٢١٢ من التقنين المدني السوري، والمادة ٢١٤ من التقنين المدني الليبي، ويوافق هذا النص المادة ٢٥١ من التقنين العراقي والمادة ٢٨٥ من قانون الموجبات لبناني، انظر أيضاً المادة ٣٥٨ من التقنين الأردني.

ثانياً ـ الضرر

ونعرض هنا لضرورة توافر ركن الضرر وأنواعه، ثم بعد ذلك نقف على نطاق هذا الضرر.

١ ـ ضرورة الضرر ـ وأنواعه:

لكي تقوم المسؤولية العقدية، لا يكفي أن يتوافر الخطأ في جانب المدين، بل لا بد من أن يترتب على الخطأ ضرر يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام العقدي. وقد يكون الضرر الذي يصيب الدائن ضرراً مادياً أو أدبياً (م ٢٢٢/١ مدني مصري، م ٢٦٣ موجبات وعقود لبناني).

أ ـ الضرر المادي وشروطه: والضرر المادي هو ما يصيب الدائن في ماله من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقـدي . ويجب أن يكون هذا الضرر حالاً ، أي واقع بالفعل ، أو على الأقل يكون محقق الوقوع في المستقبل ، في هذه الحالة إذا كان لا يمكن تقدير التعويض عن الضرر في الحال، فإنه يجب الانتظار حتى يعرف مداه.

وعلى ذلك إذا لم يقـع ضرر أصلاً فلا تعويض . فإذا كلف الموكل وكيله أن يقيد رهناً لمصلحته، ثم لا يقوم الوكيل بقيد الرهن. ويتبين بعد ذلك أن العقار المرهـون كان قبل الرهن مستغرقاً بالديون ، فلا تعـويض للموكل إذا لم يلحقه ضرره.

وإذا لم يقع الضرر في الحال، فيجب أن يكون محقق الوقوع في المستقبل. فإذا تعاقد مصنع على استيراد خامات ليدخرها وقت الحاجة، فيخل المورّد بالتزامه، فالضرر هنا لا يلحق المصنع في الحال، ولكن يلحقه في المستقبل عندما تنفذ الخامات عنده، ويصبح في حاجة إلى الجديد الذي تعاقد على استيراده. وفي هذه الحالة يستطيع أن يقدر القاضي التعويض في الحال، رغم أن الضرر محقق الوقوع في المستقبل. ولكن قد يحدث أن الضرر المستقبل المحقق الوقوع لا يستطاع تقدير التعويض عنه في الحال، كراكب يصاب بحادث أثناء النقل ولا يعرف مدى إصابته إلا بعد وقت غير قصير. ففي هذه الحالة يجب الانتظار حتى يعرف مدى الضرر، وبالتالي

يمكن تقدير التعويض عنه[1].

وقد يكون الضرر محتملاً، لا هو قد تحقق فعلاً ولا هو محقق الوقوع في المستقبل، ففي هذه الحالة لا يعوض عن الضرر إلا إذا تحقق بالفعل. فإذا أحدث المستأجر بالعين المؤجرة خللاً يخشى معه أن تنهدم العين، فالخلل ضرر حالّ يمكن التعويض عنه فوراً، لكن تهدم العين ضرر محتمل فلا يعوض عنه المؤجر إلا إذا تحقق بالفعل.

ب ـ **الضرر الأدبي**: وكما يكون الضرر مادياً، فإنه يكون أدبياً. فقد يلحق الدائن ضرر أدبي من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي. وإذا كان الغالب أن يكون الضرر في المسؤولية العقدية مادياً، إلا أن الضرر قد يتصور أن يكون أدبياً، إذا ترتب على إخلال المدين بالتزامه العقدي ضرر أدبي. فالناشر إذا نشر كتاباً لمؤلف فشوهه، قد لا يصيب المؤلف بضرر مادي، ولكن المحقق أن يصيبه بضرر أدبي، وقد يذيع الطبيب سرّاً للمريض لا تجوز إذاعته، فيصيب المريض بضرر أدبي في سمعته، والراكب الذي يصاب في حادث أثناء النقل ويترتب عليه إصابة مشوهة، فإن الضرر الذي يحيق بالراكب يكون ضرراً أدبياً، إلى جانب الضرر المادي الناشىء عمّا دفعه في العلاج. والتعويض عن الضرر الأدبي واجب في المسؤولية العقدية كما هو واجب على الضرر المادي.

٢ ـ نطاق الضرر

أ ـ **الأصل**: إذا كان الدائن يعوض عن الضرر المادي والضرر الأدبي الناشىء عن الإخلال بالالتزام التعاقدي، فإنه في حالة المسؤولية العقدية لا يعوض إلا عن **الضرر المباشر** المتوقع فقط (م ٢٢١ مدني مصري، م ٢٦٢ موجبات وعقود لبناني). وذلك خلافاً للمسؤولية التقصيرية، حيث يعوض الدائن في هذا النوع الأخير من المسؤولية عن الضرر المباشر متوقعاً كان أو غير متوقع.

والضرر المتوقع هو الضرر الذي يدخل في توقع الطرفين عند إبرام العقد، أي يدخل في نطاق العقد. فمن يتعهد بنقل طرد به كتب، ويفقد في الطريق بخطئه، فلا

---

(١) انظر في تفصيل ذلك السنهوري، الوجيز، فقرة ٢٨٥، ص ٢٦٠.

يسأل عمّا قد يكون بها من أشياء ثمينة، لأن الضرر الذي يصيب الدائن من جراء فقد الأشياء الثمينة يعتبر ضرراً غير متوقع وقت العقد، وذلك بخلاف الكتب، إذ الضرر الناشىء عن فقدها يعتبر ضرراً متوقعاً وقت العقد.

وتوقع المدين الضرر يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار ذاتي، فيعتد بالضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل هذه الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين، لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات. فإذا أهمل المدين في تبين الظروف التي كان من شأنها أن تجعله يتوقع الضرر، فإن الضرر يعتبر متوقعاً لأن الشخص المعتاد لا يهمل في تبين هذه الظروف[1].

ب ـ الاستثناء: وإذا كان الأصل أنه لا يعوض في المسؤولية العقدية إلا عن الضرر المباشر المتوقع، إلا أنه إذا ارتكب المدين غشّاً أو خطأ جسيماً، فإنه يلتزم بتعويض الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع. ولا شك أن هذا النوع من الجزاء يقرره القانون على المدين في حالة المسؤولية العقدية، فيزيد من مقدار التعويض نتيجة لغش المدين أو خطئه الجسيم.

يختلف الفقه الإسلامي عن فقه القانون الوضعي اختلافاً بيناً في تحديد معنى الضرر. فقد رأينا أنه في فقه القانون الوضعي يعوض عن كل ضرر مادي أو أدبي، وفي الضرر المادي يعوض عن كل ما يتحمله الدائن من خسارة وما فاته من كسب، ولو كان ذلك عن منفعة أو عمل أو عن أي أمر آخر. وقد رأينا أنه لا يشترط في الضرر إلا أن يكون مباشراً ومتوقعاً. وفي حال الغش والخطأ الجسيم يعوض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع.

أما في الفقه الإسلامي فإنه يشترط في الضمان أن يكون المضمون مالاً متقوماً في ذاته، وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطي بدلاً عنه. فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل إلا في ثلاث حالات، حالة استخدام شخص صغير بدون إذن وليّه، أو إذا كان المال مال وقف أو مال صغير، أو أن يكون المال معداً للاستغلال. وهذه الاستثناءات التي أقرها المذهب الحنفي. وعند الشافعي منافع المغصوب مضمونة. ومن باب أولى لا تعويض عن أية خسارة تحملها الدائن أو عن أي ربح

---

(١) السنهوري، الوجيز، فقرة ٢٨٨ ص ٢٦٤.

فاته، إذا لم يكن هناك مال متقوّم في ذاته ضاع على الدائن فيأخذ من المدين مثله أو قيمته. فلو ضمن المدين داراً، دفع قيمتها، ولا يدفع ما خسره صاحب الدار من الانتفاع بها مدة من الزمن، ولا ما فاته من كسب ولو باعها بقيمتها واشترى صفقة رابحة. ويزيد في التضييق من فكرة الضرر في الفقه الإسلامي قاعدتان معروفتان فيه، وهما الخراج بالضمان، وقاعدة الأجر والضمان ولا يجتمعان[1].

وقد حاول الفقه التوسيع من هذه القاعدة الضيقة الجامدة، وهي أن المستولي على مال غيره لا يضمن منفعته، لأن المنفعة لا تتقوّم إلا بالعقد فهي ليست مالاً متقوّماً في ذاته. فالفقه الحنفي، إبتغاء توسيع هذه القاعدة الضيقة، افترض عقد إيجار ضمني. ومن هنا كان يجب أن يستمر التطور. بحيث يفترض الإيجار في كل الظروف، ثم يترك هذا الفرض بتاتاً، ويقال مباشرة بتقوّم المنافع. وهذا ما فعله التقنين المدني العراقي، فقد وصل في مراحل هذا التطور إلى المرحلة الأخيرة[2].

ثالثاً- رابطة السببية بين الخطأ والضرر

يلزم لقيام المسؤولية العقدية أن يتوافر إلى جانب الخطأ والضرر، عنصر آخر هو علاقة النسبية بينهما. فيلزم أن يكون الضرر نتيجة لخطأ المدين، أي أن المدين هو الذي تسبب بخطئه في إحداث الضرر. فإذ انقطعت الصلة بين الخطأ والضرر، لا تقوم المسؤولية. فقد لا يرجع الضرر إلى خطأ المدين، ولكن إلى سبب أجنبي، أي أنه يرجع إلى قوة قاهرة، أو إلى خطأ الدائن نفسه أو إلى فعل الغير (م ٢١٥ مدني مصري، م ٢٥٤ موجبات وعقود لبناني).

وإذا كانت رابطة السببية بين الخطأ والضرر مفترضة، بحيث لا يكلف الدائن بإثباتها، وإنما يقوم بإثبات ركني الخطأ والضرر، فيفترض توافر علاقة السببية، والمدين لا يستطيع أن ينفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي، وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي، أو يرجع إلى خطأ الدائن، أو يرجع إلى فعل الغير.

(١) انظر في تفصيل ذلك السنهوري، مصادر الحق، جزء ٦ ص ١٦٨.
(٢) انظر المادة ١٦٩ مدني عراقي، والمواد ٢٠٥، ٢٠٧، ٢٠٩، وانظر أيضاً في عرض وتفصيل ذلك، السنهوري، مصادر الحق، جزء ٦، ص ١٧٤ وما بعدها.

فمثلاً في عقد نقل البضائع، إذا كان عامل النقل يقود المركبة التي ينقل فيها بضائع الدائن بسرعة أكبر مما يجب، ولكن البضائع كانت قابلة للكسر ولم يغلفها صاحبها التغليف المعتاد الذي به يأمن عليها من الكسر أو التلف، فإذا تلفت هذه البضائع أو انكسرت، فيكون الضرر الذي أصاب الدائن في هذه الحالة غير ناشىء من خطأ المدين، بل من خطأ الدائن نفسه، لأن هذه البضاعة كانت تنكسر حتى ولو كان عامل النقل يسير بسرعة معتدلة، فسبب الضرر هنا ليس خطأ المدين بل هو خطأ الدائن نفسه.

وفي هذا المثال نفسه لو أن الدائن قد قام بتغليف البضائع تغليفاً معتاداً يحفظها من الكسر أو التلف، وأن عامل النقل كان يقود المركبة التي تنقل فيها البضائع بسرعة أكبر مما يجب، ولكن حدث أن هطلت سيول مفاجئة أدت إلى إتلاف البضائع، أو أن هبطت الأرض فجأة فانقلب القطار مما ترتب عليه تلف البضائع، ففي كل هذه الأحوال رغم أن عامل النقل يقود المركبة بسرعة كبيرة إلا أن الضرر الذي نشأ لم يكن سببه ذلك الخطأ وإنما سببه السيول، أو هبوط الأرض أي القوة القاهرة، أي أنه تنتفي علاقة السببية بين خطأ المدين والضرر.

أو قد يرجع هذا الضرر إلى خطأ الغير، كما لو أن الدائن قد عهد بتغليف هذه البضائع إلى شخص متخصص في ذلك ولم يقم بتغليفها التغليف المعتاد بحيث يأمن عليها من التلف، وعندما كان متعهد النقل يقود المركبة بسرعة كبيرة فقد حدث أن تلفت البضاعة. ففي هذه الحالة الضرر الناشيء، وهو تلف البضاعة لم يكن نتيجة السرعة، وإنما كان نتيجة سوء التغليف، لا يرجع إلى خطأ المدين وإنما يرجع إلى خطأ الغير، لأن هذه البضاعة كانت تتكسر وتتلف ولو لم يكن متعهد النقل يقود المركبة بسرعة كبيرة، وبالتالي تنتفي علاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الذي أصاب الدائن.

وفي الفقه الإسلامي نجد ما يقابل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي في فقه القانون الوضعي، وكثيراً ما يسمى بالآفة السماوية ومن التطبيقات التي وردت في نصوص الفقه الإسلامي للآفة السماوية هلاك الشاة بآفة سماوية، وأكل الذئب للغنم بشرط أن يتعدد الذئب، أما الواحد فيمكن للراعي مقاومته، والحريق الغالب، وغرق

السفينة، وأمر السلطان، وسقوط الآنية بغير فعل المدين، وانزلاق الحيوان، والبرد، والقحط، والعفن، والعطش.

ويظهر من النصوص أن الآفة السماوية هي أمر ليس في الإمكان الاحتراز عنه، ولا في الوسع توقعه، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وهذا ما يقابل ما درسناه في فقه القانون الوضعي[1].

ونجد في الفقه الإسلامي أيضاً خطأ المضرور أو خطأ الغير، وكثيراً ما يسمى بفعل الأجنبي. وفعل الأجنبي في الفقه الإسلامي له أثر كبير في الضمان.

وبالنسبة لخطأ المضرور، نجد أنه إذا كانت يد المدين يد أمانة، وهلك الشيء بخطأ الدائن أي خطأ المضرور، لم يضمن المدين الهلاك، فقد قام بواجبه من الحفظ، والهلاك قد حدث بسبب أجنبي عنه وهو خطأ المضرور. أما إذا كانت يد المدين يد ضمان، كيد البائع قبل تسليم المبيع، فالأصل أن البائع يضمن هلاك المبيع قبل القبض، حتى لو حدث الهلاك بسبب أجنبي، وهذا ما لم يكن السبب الأجنبي هو خطأ المشتري أي خطأ المضرور. فإذا كان الهلاك بخطأ المشتري، ولو قبل قبض المبيع، لم يضمن البائع، ونرى من ذلك أن خطأ المضرور عندما تكون يد المدين يد ضمان أبعد أثراً من خطئه، عندما تكون يد المدين يد أمانة[2].

أما بالنسبة لخطأ الغير فإنه إذا كان هلاك الشيء بفعل أجنبي، انتفت علاقة السبب بين الخطأ والضرر، فلا يضمن المدين. فإذا سرقت العارية من المستعير، فلا يضمن، لأن السرقة بفعل أجنبي ولا يد له فيها. وإذا تعدى السلطان على الوديعة المودع عنده بأذى لا يطيقه، لم يضمن المودع عنده تعدى السلطان، إذ يعتبر هذا التعدي فعل الأجنبي. وإذا هلكت الوديعة بفعل عدو مكابر، كان هذا فعل الأجنبي، ولم يضمن المودع عنده[3].

---

(١) انظر في تفصيل ذلك السنهوري، مصادر الحق، جزء ٦ ص ١٧٧ وما بعدها.
(٢) انظر في تفصيل ذلك السنهوري، مصادر لحق، جزء ٦ ص ١٧٩.
(٣) انظر في عرض وتفصيل ذلك السنهوري، مصادر الحق، جزء ٦ ص ١٨٠ وما بعدها وانظر أيضاً أثر السبب الأجنبي في الضمان، ص ١٨١ وما بعدها.

الفرع الثاني: الاتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية

يتضح لنا مما سبق أن المسؤولية العقدية تنشأ عن عدم تنفيذ العقد، فهي جزاء لقوته الملزمة. لكن هذا العقد ينشأ عن إرادة المتعاقدين، كما يتحدد نطاقه ومضمونه وفقاً لهذه الإرادة. والقوة الملزمة توجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. وعلى ذلك فإنه في الواقع والحقيقة أن نطاق المسؤولية العقدية تحدده إرادة المتعاقدين، ولهذا يكون لتلك الإرادة حرية تعديل هذه المسؤولية، سواء بالتشديد أو بالتخفيف أو حتى بالإعفاء، وذلك في حدود النظام العام والآداب. أما المسؤولية التقصيرية فالذي يحدد سببها ونطاقها هو القانون، ولذلك لا يجوز تعديل قواعدها بالاتفاق. ونعرض لتحديد نطاق هذه الاتفاقات، ثم بعد ذلك نبحث صور هذه الاتفاقات.

أولاً ـ تحديد نطاق هذه الاتفاقات

تعرض في الحياة العملية العديد في الاتفاقات التي تتعلق بالمسؤولية العقدية، فيجب أن نبحث هذه الاتفاقات، وذلك لنحدد ما يعنينا منها، وخاصة التي تهدف إلى تعديل المسؤولية، سواء من حيث التخفيف منها أو التشديد فيها أو الإعفاء منها كلية.

فمن الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية نجد أولاً تأمين المسؤولين. من ذلك مثلاً أن يؤمن الناقل عن مسؤوليته أي ما قد يتعرض له من رجوع بسبب الأضرار التي تصيب الأشخاص أو الأشياء التي يتعهد بنقلها. وعقد التأمين على المسؤولية من شأنه أن يلقى بعبء المسؤولية من المدين المسؤول إلى المؤمن مقابل قسط معين. وهذا الاتفاق لا يدخل في نطاق الاتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية، وإنما هو نوع من أنواع التأمين، مجال الكلام عنه بصدد عقد التأمين.

وهناك من الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية ما يجري بين طرفي العقد، والتي تتم بعد وقوع الضرر بالفعل. مثل هذه الاتفاقات يقصد بها تحديد النتائج التي تترتب على الضرر، كتحديد مقدار التعويض أو حتى النزول عنه كلية. وهذه الاتفاقات هي من قبيل عقود الصلح، وهي جائزة. ولا نعرض لها هنا[1].

(١) قارن عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٢٣٠، ص ٤٢٢ و ٤٢٣.

والذي يهمنا هنا الاتفاقات التي تجري بين طرفي العقد قبل وقوع الضرر. وهي غالباً ما ترد في العقد نفسه المنشىء للالتزام القائم بين الدائن والمدين. تهدف هذه الاتفاقات إلى تحديد مسؤولية المدين في الحالة التي لا ينفذ فيها التزامه. ومن هذه الاتفاقات ما قد يهدف إلى تقدير التعويض مقدماً. ويسمى هذا بالشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي، ويخرج هذا الموضوع عن نطاق دراستنا، حيث يدرس بين موضوعات أحكام الالتزام. ما نريد الكلام عنه هنا هي تلك الاتفاقات التي من شأنها تعديل قواعد المسؤولية العقدية، وهي قد تهدف إلى التخفيف منها أو التشديد فيها أو الإعفاء منها كلية. وهذه الاتفاقات جائزة في حدود معينة كما سنرى.

ثانياً ـ صور هذه الاتفاقات

ونعرض هنا لصورتين من صور الاتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية، أولاً: الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية، وثانياً: الاتفاق على تخفيف المسؤولية أو الإعفاء منها[1].

لكن يلاحظ أن في **القانون اللبناني** يجوز تعديل قواعد المسؤولية التقصيرية بالاتفاق (م ١٣٩ موجبات وعقود لبناني) شأنها في ذلك شأن المسؤولية العقدية.

١ ـ الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية: يجوز الاتفاق على تشديد مسؤولية المدين في العقد. ومن هذا القبيل الاتفاق على أن يتحمل المدين مسؤولية عدم التنفيذ حتى لو حالت دون التنفيذ قوة قاهرة، أي أن المدين يتحمل تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة. ومن ذلك أيضاً أن ينص في العقد على أن المدين لا يبرأ إلا بحوادث جبرية معينة يعددها الطرفان، إذ إن هذا المعنى يعني تحمل مسؤولية عدم التنفيذ الذي يرجع لغير هذه الحوادث.

كل هذه الاتفاقات صحيحة وجائزة. ويمكن اعتبارها نوعاً من التأمين، من حيث إن المدين يؤمن الدائن ضد خطر القوة القاهرة أو الحادث المفاجىء، ويكون

(١) وقد وردت أحكام هذه الاتفاقات في نص المادة ٢١٧ من التقنين المدني المصري، وورد نص مطابق له في المادة ٢١٨ من التقنين المدني السوري، والمادة ٢٢٠ من التقنين المدني الليبي، والمادة ٢٥٩ من التقنين المدني العراقي.

ذلك عادة في مقابل زيادة في المقابل الذي يتقاضاه المدين من العقد[1].

٢ ـ الاتفاق على تخفيف المسؤولية أو الإعفاء منها: يجوز أيضاً الاتفاق على تخفيف المسؤولية العقدية أو الإعفاء منها. ولكن ليس هذا مطلقاً، وإنما يرد عليه قيدان:

القيد الأول: لا يجوز الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها في حالة غش المدين (الاحتيال م ١٣٨ موجبات وعقود لبناني) أو خطئه الجسيم (الخطأ الفادح م ١٣٨ موجبات وعقود لبناني). وعلى ذلك فإن الاتفاق على الحد من المسؤولية أو الإعفاء منها لا ينصرف إلا إلى حالة الخطأ غير العمدي أو التافه. ولا يجوز الإعفاء من فعل المدين العمد أو عن خطئه الجسيم أو الحد من آثارهما، وإلا كان التزام المدين معلقاً على شرط إرادي محض، إذا شاء نفذه وإذا شاء لم يقم بالتنفيذ[2]. لكن يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية عن الغش والخطأ الجسيم الذي يقع من الغير الذي يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه. وفي هذه الحالة لا ينزل غش الغير أو خطؤه منزلة غش أو خطأ المدين نفسه[3].

القيد الثاني: لا يجوز الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها، وذلك بالنسبة للأضرار التي تصيب الإنسان في كيانه المادي أو الأدبي. فسلامة الإنسان في جسمه وكيانه الأدبي وشرفه لا يجوز أن يكون موضوع اتفاق. وكذلك كل ما يدخل في دائرة الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان[4]. وقد نصت المادة ١٣٩ موجبات وعقود صراحة على ذلك بقولها أن «هذا الابراء ينحصر في الأضرار المادية لا في الأضرار التي تصيب الأشخاص إذ أن حياة الإنسان وسلامته الشخصية هما فوق كل اتفاق».

---

(١) انظر في ذلك عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٣٣٢ ص ٤٢٥، السنهوري، الوجيز، فقرة ٢٨٣ ص ٢٥٨.

(٢) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٣٣٣ ص ٤٢٥.

(٣) توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٢١٢، ص ٢٧٢.

(٤) وقد جاء هذا القيد صراحة في بعض القوانين العربية، كقانون الموجبات والعقود اللبناني، ويرى الفقه في مصر الأخذ به رغم عدم وجود نص. وقد أخذ به المشرّع المصري صراحة في النصوص الخاصة بعقد الإيجار (م ٥٦٥/ ٢) ويجري القضاء الفرنسي على الأخذ به.

وبناءً على ذلك فإن الناقل لا يجوز أن يعفي نفسه من المسؤولية عن الحوادث التي تصيب المسافرين في أشخاصهم. ولا يستطيع الطبيب أن يشترط عدم مسؤوليته عن الضرر الذي يصيب المريض في أثناء العلاج أو من جراء عملية جراحية إذا وقع ضرر بسبب خطئه أو إهماله وإن كان يسيراً[1].

المطلب الثاني: القواعد الخاصة بالعقود الملزمة للجانبين

الفسخ والدفع بعدم التنفيذ: وهو تحلل من العقد تنفرد به العقود الملزمة للجانبين، فالخصيصة الأساسية للعقد الملزم للجانبين هي ذلك الترابط، أو التشابك والتداخل، بين الالتزامات الناشئة عنه على عاتق طرفيه. ويترتب على هذا الترابط أن ما قد يعرض لالتزام أحد الطرفين يكون له أثر على التزام الطرف الآخر، وذلك من نواحٍ ثلاث:

فإذا طالب أحد الطرفين الآخر بتنفيذ التزامه، دون أن يكون هو قد وفّى بما هو مستحق عليه، فإن للطرف الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه متمسكاً بالدفع بعدم التنفيذ. فعدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه، يترتب عليه جواز وقف القوة الملزمة للعقد بالنسبة للطرف الآخر، فيكون امتناعه عن التنفيذ امتناعاً مشروعاً[2].

وقد يترتب على تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه حل الرباط العقدي، لا مجرد وقف تنفيذه عن طريق الدفع بعدم التنفيذ. إذ يحق للطرف الآخر أن يلجأ إلى القضاء طالباً فسخ العقد.

وإذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعاً إلى استحالته بسبب أجنبي، فإن الالتزام ينقضي كقاعدة عامة، وإذا كان العقد ملزماً للجانبين فإن انقضاء التزام أحد الطرفين باستحالة تنفيذه بسبب أجنبي يترتب عليه انقضاء الالتزام المقابل لارتباطه، وينفسخ العقد من تلقاء نفس، فتقع تبعة العقد على المدين في الالتزام الذي استحال تنفيذه، إذ يفقد حقه في الالتزام المقابل.

---

(١) انظر عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٣٣٣، ص ٤٢٦، ٤٢٧.
(٢) قارن رسالتنا السابق الإشارة إليها.

فلنعرض لهذه النقاط في الفقرات التالية.

الفرع الأول: الفسخ

فسخ العقد هو حل الرابطة العقدية، في العقود الملزمة للجانبين، نتيجة عدم قيام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه. على أن فسخ العقد قد يكون نتيجة تحقق شرط فاسخ اقترن به. وكما قلنا قد يقع الانفساخ بقوة القانون إذا استحال على أحد الطرفين تنفيذ التزامه بسبب أجنبي عنه.

وعلى ذلك يجب أن ندرس على التوالي. الفسخ القضائي، ثم الفسخ الاتفاقي أو الشرط الفاسخ، وأخيراً انفساخ العقد بقوة القانون.

أولاً: الفسخ القضائي

القاعدة أنه في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفّ أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر، بعد إعذاره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى.

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك. كما يجوز أن يرفض الفسخ إذا كان لم يوفّ به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته[١].

وعلى ضوء هذه القواعد، يجب أن نعرض لشورط المطالبة بالفسخ القضائي وسلطة القاضي في الحكم بالفسخ، ثم بعد ذلك لآثار الفسخ.

١ ـ شروط المطالبة بالفسخ وسلطة القاضي في الحكم بالفسخ:

يجب توافر شروط ثلاثة، حتي يمكن المطالبة بالفسخ:

الشرط الأول: أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين. ففي هذه العقود

(١) انظر المادة ١٥٧ مدني مصري، وما يطابقها من نص المادة ١٥٨ مدني سوري، والمادة ١٥٩ مدني ليبي، وما يتفق معها من نص المادة ١٧٧ مدني عراقي، والمواد ٢٣٩ ـ ٢٤١ من قانون الموجبات اللبناني، والمادة ٢٤٦ مدني أردني.

يكون هناك ترابط بين الالتزامات المتقابلة. فالعدالة تقضي بعدم التزام شخص بعقد لم ينفذه الطرف الآخر. وعلى ذلك فإذا كان من شأن عدم تنفيذ أحد العاقدين لالتزماته أو لبعض منها أن يخل بالتعادل المقصود من الطرفين في العقود الملزمة للجانبين بين الالتزامات التي ينشئها العقد على عاتق كل منهما، كان للطرف الآخر أن يتحلل من التزاماته عن طريق الفسخ[1]. وهذا فارق هام بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد، حيث لا يتصور الفسخ في هذه الطائفة الأخيرة من العقود، إذ لا يوجد إلا ملتزم واحد، فلا يوجد ترابط بين الالتزامات، ولا يكون أمام الطرف الآخر ـ غير ملتزم. إلا أن يطالب بتنفيذ العقد، تنفيذاً عينيّاً أو بمقابل.

وهذا الشرط عام في جميع حالات الفسخ سواء في الفسخ القضائي أو الاتفاقي، أو الانفساخ القانوني. كما أنه عام من ناحية أن كل العقود الملزمة للجانبين يرد عليها الفسخ باستثناء عقد الإيراد المرتب مدى الحياة (م ١٠٣١ موجبات وعقود) في القانون اللبناني. فالدائن لا يجوز له طلب فسخ العقد إذا لم يقم المدين بالوفاء بالأقساط المستحقة، وإنما تكون له فحسب أن يطلب التنفيذ العيني.

الشرط الثاني: أن يكون أحد العاقدين قد أخل بالتزامه. فالفسخ يتضمن معنى الجزاء، فلا يكفي أن يكون أحد العاقدين لم ينفذ التزامه، بل يجب أن يكون ذلك راجعاً إلى خطئه.

فإذا كان عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه يرجع إلى سبب أجنبي، فإن الالتزام ينقضي، وينقضي معه الالتزام المقابل له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون. وهذا هو انفساخ العقد كما سوف نرى فيما بعد.

كما أنه لا محل للفسخ، إذا كان عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه راجعاً لخطأ المتعاقد الآخر، فإذا لم ينفذ أحد العاقدين التزامه، فامتنع الآخر عن تنفيذ التزامه متمسكاً بالدفع لعدم التنفيذ، فلا يجوز للعاقد الأول أن يطلب الفسخ إلا إذا كان مستعدّاً لتنفيذ التزامه فأصرّ الآخر على عدم التنفيذ.

---

(١) انظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٦٣ ص ٣٢٧، وقارن عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٣٨٢ ص ٤٨٨، وقارن السنهوري، المرجع السابق، الوجيز، فقرة ٢٩٤ ص ٢٦٨، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٢٣٢ ص ٢٩١.

نخلص مما سبق أنه لا بدّ إذن من أن يكون التنفيذ راجعاً إلى خطأ المدين. ويلاحظ أنه لا يشترط أن يكون عدم التنفيذ كليّاً، بل يكفي أن يكون عدم التنفيذ جزئيّاً أو يكون التنفيذ معيباً.

الشرط الثاث: أن يكون طالب الفسخ قادراً على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه. حيث إن فسخ العقد يقتضي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. ويقع ذلك إذا كان طالب الفسخ قد تسلم شيئاً وأصبح عاجزاً عن رده، كما لو تسلم المشتري بعض المبيع وتصرف فيه إلى آخر، فلا يجوز له عندئذ طلب الفسخ، لأن بمقتضى التزامه بالضمان تجاه المشتري منه لا يستطيع أن يسترد منه الشيء ليرده إلى الطرف الآخر، وعندئذ لا يبقى أمامه سبيل إلا طلب التنفيذ العيني، إذ كان ما زال ممكناً أو التعويض.

أما إذا كان المدعى عليه في دعوى الفسخ هو الذي استحال عليه أن يعيد الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، فإن ذلك لا يحول دون الحكم بالفسخ، ويقضي عليه عندئذ بالتعويض بدلاً من الرد عيناً.

ضرورة إعذار المدين: إذا توافرت الشروط السابقة كان للدائن أن يطلب الفسخ. إلا أنه يتعين لكي يكون له ذلك أن يقوم بإعذار المدين. فالإعذار ليس شرطاً من شروط الفسخ، ولكنه إجراء لازم لتنبيه المدين، حتى يتسنى للدائن مباشرة حقه، في طلب الفسخ.

والإعذار يتم بإنذار المدين أو ما يقوم مقام الإنذار. ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات. كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن المدين يكون معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر.

على أنه لا ضرورة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، أو إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه. ومع ذلك فإن مجرد رفع دعوى الفسخ يعد إعذاراً كافياً.

سلطة القاضي التقديرية: إذا ما توافرت شروط الفسخ. وقام الدائن بإعذار

المدين على النحو السابق بيانه، فإن القاضي لا يلزم ـ مع ذلك ـ بالإستجابة إلى طلب الدائن بالفسخ. فذلك جوازي بالنسبة للقاضي، فله سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ أو بتنفيذ العقد. كما أنه يجوز للدائن طالب الفسخ أن يعدل عن طلبه أثناء نظر الدعوى ويطالب بالتنفيذ. وللمدين أن يتوقّى طلب الفسخ إذا قام بتنفيذ التزامه ولو كان ذلك أثناء نظر الدعوى وقبل صدور الحكم النهائي.

ويجوز للقاضي أن يرفض الاستجابة إلى طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته، ويجوز له في هذه الحالة أن يمنح المدين أجلاً للتنفيذ، أي نظرة ميسرة، وذلك إذا وجد القاضي في ظروف المدين ما يبرر ذلك، كأن يكون له عذر مقبول في التأخر في الوفاء، أو يكون الدائن لم يصبه ضرر يذكر من هذا التأخير. ولا يحول دون منح القاضي مهلة للمدين أن يكون الدائن قد سبق وأعذر المدين، ولا يستطيع القاضي في هذه الحالة أن يعطى المدين مهلة جديدة، بل إن عدم الوفاء خلال الأجل الممنوح للمدين من القاضي يترتب عليه فسخ العقد حتى ولو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك.

ويجوز للقاضي أن يحكم بالفسخ إذا رأى أن هناك ظروفاً تبرر ذلك، كأن يتبين له أن المدين تعمد عدم التنفيذ، أو أهمل فيه إهمالاً واضحاً، أو تأخر فيه تأخراً طويلاً رغم إعذاره. وقد يطالب الدائن المدين بتعويض إلى جانب طلبه بالفسخ.

وللمحكمة سلطة تقديرية في هذا الخصوص . فقد يحكم القاضي بالفسخ فقط دون أن يحكم بالتعويض . وقد يجد القاضي أن ما أصاب الدائن من جراء عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه، ضرر لا يكفي لإزالته مجرد الفسخ والاسترداد، فيحكم في هذه الحالة إلى جانب فسخ العقد بالتعويض . فإذا كان العقد بيعاً ، ففسخ العقد لعدم وفاء المشتري بالثمن واسترد البائع المبيع ، فإن ذلك لن يكفي لإزالة ما أصابه من ضرر ، إذا كان سعر المبيع في السوق قد انخفض عمّا كان عليه وقت إبرام العقد، فيكون له فوق استرداد المبيع أن يطالب بتعويض عن فرق السعر.

ويجب أن نلاحظ أن الحكم بالفسخ لا يصح أن يصدر إلا بناءً على طلب الدائن، فلا يجوز أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب المدين

بالالتزام الذي لم يتم تنفيذه[1].

٢ ـ آثار الفسخ

إذا ما حكم القاضي بالفسخ، فإن العقد يزول بأثر رجعي. وهذا يعني أن العقد ينحل لا من وقت الحكم بالفسخ، أو من وقت عدم التنفيذ، بل من وقت نشوء العقد، فيعتبر كأن لم يكن. وعلى ذلك يجب أن نعرض لدراسة أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين، ثم نتعرف على أثره بالنسبة إلى الغير.

أ ـ أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين:

إذا ما حكم بالفسخ أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا تعذر ذلك، جاز الحكم بالتعويض.

فكما رأينا فإن للفسخ أثراً رجعيّاً، وهو ما يتحقق سواء في حالة الفسخ القضائي أو في حالة الفسخ الاتفاقي أو في حالة الفسخ بحكم القانون. والأثر الرجعي للفسخ يعني أن العقد ينحل من وقت نشوء العقد ويعتبر كأن لم يكن، وتعاد الأمور إلى ما كانت عليه قبل العقد. فإذا كان العقد بيعاً مثلاً وفسخ، رد المشتري إلى البائع المبيع، ورد البائع إلى المشتري الثمن.

فإذا لم يكن الطرفان قد نفذا شيئاً من التزاماتهما، لا صعوبة في الأمر، إذ لا يلتزم أي منهما نحو الآخر بشيء ما.

فإذا استحال إعادة الأمور إلى ما كانت عليه قبل التعاقد حكم القاضي بالتعويض. فإذا فرضنا أن المشتري كان قد تسلم المبيع وقد هلك بين يديه بخطأ منه، ثم حكم بفسخ عقد البيع بناءً على طلب البائع، فإنه في هذه الحالة يستحيل الرد. وبالتالي يحكم القاضي للبائع بتعويض.

وفي العقود الزمنية، كالإيجار، لا يكون للفسخ أثر رجعي، لأن طبيعة هذه العقود لا تسمح بذلك، كما تقدم. ولذلك فإن ما تم تنفيذه من الالتزامات المستمرة في الماضي قبل الفسخ يظل قائماً، ولا يفسخ العقد إلا بالنسبة للمستقبل. وبناءً على

---

(١) انظر عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٣٩١ ص ٤٩٨.

ذلك تكون الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على الفسخ هي أجرة لا تعويضاً، ويحتفظ المؤجر بالنسبة لها بامتياز على المنقولات الموجودة في العين المؤجرة.

وللدائن الذي طلب الفسخ، بالإضافة إلى استرداد ما أداه، أن يطالب المدين بتعويض تكميلي، إذا كان قد أصابه من جراء عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه، ضرر لا يكفي لإزالته مجرد الفسخ والاسترداد.

ب ـ أثر الفسخ بالنسبة إلى الغير:

يترتب على الفسخ أن ينحل العقد بأثر رجعي بالنسبة إلى الغير كذلك، وتبعاً لهذا يجب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد. ومقتضى ذلك أنه إذا كان المشتري قد تصرف في الشيء إلى مشترٍ ثانٍ فإنه إذا ما فسخ العقد الأول بين البائع والمشتري، تعاد الأمور إلى ما كانت فيرّد المشتري الثاني الشيء إلى المشتري الأول ويردّه هذا بدوره إلى بائعه. وكذلك الحال لو كان المشتري قد رتب أية حقوق أخرى على الشيء. فإنه يترتب على الفسخ أن يعود الشيء إلى البائع خالياً مما رتبه المشتري عليه للغير من حقوق[1].

على أن هذه القاعدة لا تنطبق على إطلاقها، فاستثناء من هذه القاعدة، فإن الفسخ لا يؤثر في الحقوق التي تلقاها الغير بحسن نية بمقتضى عقد من عقود الإدارة، كالإيجار فيبقى حق من استأجر العين من المشتري رغم فسخ البيع.

كما أنه يرد على قاعدة الأثر الرجعي للفسخ بالنسبة إلى الغير عدة استثناءات قصد منها حماية الغير حسن النية في عقود التصرف أيضاً. وفي هذا الصدد يجب التفرقة بين المنقول العقار. فإذا كان الأمر يتعلق بمنقول اشتراه شخص ثم تصرف فيه إلى آخر حسن النية، ثم فسخ العقد الأصلي، فإن لهذا الأخير أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية سند الحائز. وعلى ذلك فإن فسخ العقد الأصلي لا يترتب عليه إعادة الأمور إلى ما كانت عليه بين البائع والمشتري، حماية للغير حسن النية.

---

(١) انظر في الصعوبات المترتبة على الأثر الرجعي للفسخ في مجال القانون الزراعي، نبيل سعد، القانون الزراعي، الجزء الأول، الملكية الزراعية، منشأة المعارف، ١٩٨٦ م ص ١٧٥ وما بعدها.

أما إذا كان الشيء موضوع التصرف عقاراً، فإنه يجب أن نفرق بين فرضين: الفرض الأول: إذا كان تصرف المشتري في العقار إلى شخص آخر قد تم قبل تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها، فإنه في هذه الحالة لا يحتج بحكم الفسخ على الغير إذا توافر شرطان: (أولاً) إذا قام الغير بتسجيل حقه قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ (وثانياً) أن يكون حسن النية وقت أن اكتسب حقه من المشتري. الفرض الثاني: إذا كان تصرف المشتري في العقار إلى شخص آخر قد تم بعد تسجيل صحيفة دعوى الفسخ أو التأشير بها. ففي هذه الحالة يحتج بحكم الفسخ على هذا الأخير، فيزول حقه بزوال حق من تصرف إليه، أي المشتري في العقد الأصلي[1].

ثانيا: الفسخ الاتفاقي

الأصل في الفسخ أن يتم بحكم القاضي، أي يكون فسخاً قضائياً. لكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق الطرفان عند التعاقد على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي. إذا لم يتم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. وعمل هذا الشرط يختلف بحسب ما اتفق عليه الطرفان، وعلى ذلك يجب أن ندرس أولاً: الشرط الفاسخ وتدرجه من حيث قوته، وثانياً: أثر الفسخ الاتفاقي.

١ ـ الشرط الفاسخ وتدرجه من حيث قوته

تنص المادة ١٥٨ مدني مصري على أنه «يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. وهذا الاتفاق لا يعفى من الأعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الأعفاء منه».

وتنص المادة ٢٤١/٤ موجبات وعقود لبناني على أنه «يحق للمتعاقدين أن يتفقوا فيما بينهم على أن العقد عند عدم التنفيذ يلغى حتماً بدون واسطة القضاء. وهذا الشرط لا يغني عن إنذار يقصد به إثبات عدم التنفيذ على وجه رسمي. ويمكن أيضاً

(١) انظر في هذه الأحكام المواد ١٦٠ مدني مصري وما يطابقها من نصوص، المادة ١٦١ مدني سوري، والمادة ١٦٢ مدني ليبي، وما يتفق معها من نصوص المادة ١٨٠ مدني عراقي، والمادة ٢٤٢ اللبناني، والمادة ٢٤٨ مدني أردني.

الاتفاق على عدم وجوب تلك المعاملة، وحينئذ يتحتم أن يكون البند الذي يعفى من التدخل القضائي ومن الإنذار مصوغاً بعبارة جازمة صريحة».

لا يكفي لوقوع الفسخ اتفاق الطرفين على أن العقد يعتبر مفسوخاً عند عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه. وإنما الأمر يتوقف على مدى هذا الشرط.

- فقد يتم الاتفاق على مجرد أن العقد يعتبر مفسوخاً إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه. في هذه الحالة لا يكون لمثل هذا الاتفاق أهمية من الناحية العملية، إذ إنه يعتبر بمثابة تأكيد للقاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ. ولهذا يجب أن يقوم الدائن بإعذار المدين، والالتجاء إلى القضاء للحكم له بالفسخ. وتطبيق أحكام الفسخ القضائي السابق بيانها.

- وقد يتم الاتفاق على أن يعتبر لعقد مفسوخاً من تلقـاء نفسه، وفي هذه الحالة يتجه الرأي إلى أن مثل هذا الشرط يسلب القاضي سلطته التقديرية، فلا يكون له إلا الحكم بالفسخ. وإن كان هذا لا يغني عن قيام الدائن بإعذار المدين، ورفع دعوى الفسخ.

- وقد يتم الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم، وفي هذه الحالة يحقق هذا الشرط هدفه، ويقع فسخ العقد من تلقاء نفسه ودون حاجة للالتجاء للقضاء. لكن هذا الشرط لا يعفي الدائن من إعذار المدين حتى يترتب هذا الأثر.

وعلى ذلك فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، فإن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه، وذلك بعد إعذاره من جانب الدائن.

- في بعض الأحوال يصل الشرط الفاسخ إلى أقصى مداه، فيتم الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم، ودون حاجة إلى إعذار. وفي هذه الحالة إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه عند حلول الأجل، يقع الفسخ دون حاجة إلى إعذار ودون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء.

على أنه يجب ملاحظة أن هذا الشرط لا يحول دون طلب الدائن تنفيذ العقد دون فسخه. وبناءً عليه فلا يعتبر العقد مفسوخاً إلا إذا أظهر الدائن رغبته في ذلك،

فلا يقبل من المدين التمسك بالفسخ، رغم تقصيره، ودون أن تظهر رغبة الدائن في ذلك.

٢ ـ أثر الفسخ الاتفاقي ـ إحالة:

إذا وقع الفسخ طبقاً للشرط الفاسخ، فإنه يجب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد، فإذا استحال ذلك، جاز الحكم بالتعويض. وعلى ذلك يتم زوال العقد بأثر رجعي سواء فيما بين المتعاقدين أم بالنسبة إلى الغير على نحو ما قدمنا[١].

ثالثاً: انفساخ العقد بحكم القانون

في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، يترتب عليه انقضاء الالتزام وينفسخ العقد من تلقاء نفسه. (م ١٥٩ مدني مصري، م ٢٤٣ موجبات وعقود لبناني). وعلى ذلك يجب أن ندرس شروطه وآثاره، ومبدأ تحمل التبعة.

١ ـ شروط الانفساخ وآثاره:

وحتى ينفسخ العقد من تلقاء نفسه بقوة القانون ، يجب أن يتوافر عدة شروط:

(١) **يجب أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين**، وذلك لأن هذا الانفساخ يقع نتيجة للترابط والتداخل بين الالتزامات في هذه الطائفة من العقود. وعلى ذلك فإذا كان العقد ملزماً لجانب واحد التزم المدين، لم يعد للدائن ما يطالب به. .

(٢) يجب أن تكون استحالة تنفيذ التزام المدين راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه. وعلى ذلك فإذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ المدين فإنه يكون مسؤولاً بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه وهذه هي المسؤولية العقدية. ولكن هذا لا يمنع من تطبيق قواعد الفسخ القضائي بدلاً من تطبيق قواعد المسؤولية العقدية، فيطلب الدائن فسخ العقد. وفي هذه الحالة لا يسع القاضي إلا أن يجيبه إلى طلبه، إذ

---

(١) انظر في أحكام الفسخ الاتفاقي المادة ١٥٨ مدني مصري، وما يطابقها من نصوص، المادة ١٥٩ مدني سوري، والمادة ١٦٠ مدني ليبي، والمادة ٢٤٥ مدني أردني. وما يتفق معه نصوص، المادة ١٧٨ مدني عراقي، والمادة ٢٤١/٤ اللبناني.

لا محل لإمهال المدين لتنفيذ التزامه بعد أن أصبح هذا التنفيذ مستحيلاً، فيحكم بفسخ العقد. والحكم هنا منشىء للفسخ لا كاشف عنه، والعقد لم ينفسخ بحكم القانون بل فسخ بحكم القاضي(١).

أما إذا كانت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي، فإن التزام المدين ينقضي، وتنقضي تبعاً لذلك الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون. والعلة في هذا واضحة، فقد انقضى التزام المدين لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي، فلم يعد ثمة محل للمسؤولية العقدية ليختار الدائن بينها وبين الفسخ، كما كان يفعل لو أن الاستحالة لا ترجع إلى سبب أجنبي. فلم يبق إلا فسخ العقد. ولا محل هنا لا للخيار بين التنفيذ والفسخ ولا للإعذار، لأن كل هذا لا يتصور إلا إذا كان التنفيذ لا يزال ممكناً. ولذلك نص القانون على أن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه، فلا حاجة لحكم قضائي بالفسخ. وإذا التجأ الدائن للقضاء في هذه الحالة، فإنما يكون ذلك ليتقرر أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبي أمر محقق ـ فقد يقوم نزاع في ذلك ـ وأن العقد انفسخ. فالحكم هنا يكشف عن انفساخ العقد، ولا ينشىء الفسخ(٢). ويترتب على الانفساخ ما يترتب على فسخه من آثار بحكم القاضي أو بحكم الاتفاق، فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليه قبل العقد. ولا محل للتعويض لأن المدين قد انقضى التزامه بسبب أجنبي لا يد له فيه.

٢ ـ مبدأ تحمل التبعة:

إذا ما انفسخ العقد بقوة القانون، فإن المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه يتحمل تبعته، إذ ينقضي الالتزام المقابل ولا يستطيع هذا المدين أن يطالب بتنفيذه، لأنه هو لم ينفذ التزامه لسبب أجنبي لا بد له فيه، وبذلك تقع عليه الخسارة في نهاية الأمر وهو الذي يتحملها. وهذه هي فكرة تحمل التبعة في العقود الملزمة للجانبين. ويرجع هذا إلى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين.

في القانون اللبناني، كما هو في القانون الفرنسي، فقد استثنى من هذه القاعدة العقود الملزمة للجانبين الناقلة للملكية حيث جعل تبعة الاستحالة بسبب هلاك الشيء

(١) السنهوري، الوجيز، فقرة ٣٠٣ ص ٢٧٩.
(٢) السنهوري، الوجيز، فقرة ٣٠٣ ص ٢٨٠.

على المالك (انظر م ٢٤٣/٣ موجبات وعقود لبناني).

ولو أن العقد كان ملزماً لجانب واحد كالوديعة غير المأجورة، وهلك الشيء في يد المودع عنده بسبب أجنبي فاستحال عليه رده إلى المودع، فإن الذي يتحمل التبعة هو الدائن لا المدين. والسبب في ذلك واضح، إذ الدائن ـ وهو هنا المودع ـ ليس في ذمته التزام يتحلل منه في مقابل تحلل المدين ـ وهو هنا المودع عنده ـ من التزامه. فالدائن هو الذي يتحمل الخسارة في آخر الأمر من جراء إستحالة تنفيذ التزام المدين بسبب أجنبي، وهو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة[1].

ـ الفسخ في الفقه الإسلامي:

يعرف الفقه الإسلامي نظرية الفسخ. ولكنه في غير الأحوال التي يكون العقد فيها غير لازم بطبيعته، أو غير لازم لقيام خيار فيه، يضيق من المدى الذي تفسخ فيه العقود تضييقاً ملحوظاً.

ويستبعد الفقه الإسلامي العقود غير اللازمة بطبيعتها في مجال الفسخ، وذلك لأنه في هذه العقود يجوز لأحد المتعاقدين أو لكليهما بحسب العقد المسمى أن يستقل بالفسخ. فالعارية عقد غير لازم، وكذلك القرض والوديعة والوكالة. وتستبعد من مجال الفسخ العقود التي يقوم فيها خيار، لأن قيام الخيار في العقد يجعله قابلاً للفسخ. ولكن ذلك لا يرجع إلى نظرية عامة في الفسخ، بل إلى قيام الخيار ذاته.

ويستبعد أيضاً الكفالة، فإنها عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الكفيل، فلا يتصور فيها الفسخ كنظرية عامة. أما الحوالة فإنها تفسخ لأسباب لا ترجع إلى نظرية الفسخ.

كما أنه لا يوجد في الأصل ارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين في الفقه الإسلامي، بخلاف فقه القانون الوضعي. ففي الفقه الإسلامي كل التزام مستقل عن الالتزام المقابل له، فالتزام المشتري بدفع الثمن، وهو الذي يقابل

---

(١) وانظر في أحكام الفسخ في القانون الفرنسي

B. Starck, op, cit. no 2156, 21922, pp. 639-648, J. Carbonnier, op. cit. no 80-83 pp. 298-312, G. Farjat, op. cit., p. 197, 211 et 358 Vo aussi pour la résiliation, p. 234 242, p. 268, p. 359.

التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمانه، لا يرتبط بهذا الالتزام المقابل.

وقد ترتب على انعدام الارتباط ما بين الالتزامين المتقابلين أن ضمرت نظرية الفسخ في الفقه الإسلامي ضموراً ظاهراً. فالأصل أن العقد الملزم للجانبين ـ أو عقد المعاوضة ـ لا يفسخ لإخلال أحد العاقدين بتنفيذ التزامه، بل يبقى العقد قائماً في هذه الحالة، وليس للدائن إلا أن يطالب مدينة بالتنفيذ أو بالضمان على حسب الأحوال، والعقد هو الذي يكون مصدر المطالبة بالتنفيذ أو الضمان. وهكذا لا توجد قاعدة عامة في الفقه الإسلامي ـ كما وجدت في فقه القانون الوضعي ـ تقضي بأنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين بتنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد فيتحلل هو أيضاً مما في ذمته من التزام.

على أن هناك أحوالاً في الفقه الإسلامي، يجوز فيها للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، وهذه الأحوال مردها إلى أمرين:

الأمر الأول: انعدام محل العقد أو فوات منفعته المقصودة. ففي الفقه الإسلامي محل عقد البيع هو المبيع لا الثمن، ومحل عقد الإيجار هو العين المؤجرة أو عمل الأجير لا الأجرة ولا الأجر. فإذا انعدم محل العقد أو فاتت منفعته المقصودة، بأن هلك كليّاً أو جزئياً أو لحقه عيب أو نقص مقداره، أو قامت موانع حالت دون استيفاء منفعته المقصودة، فإن الخلل الذي يصيب المحل بعد انعقاد العقد صحيح يؤثر في القوة الملزمة، فيصبح العقد قابلاً للفسخ هنا للخلل الذي يصيب محل العقد، لا لفكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، وإلا لما جاز فسخ عقد البيع لهلاك المبيع أو لاستحقاقه ثم لا يجوز لعدم الوفاء بالثمن.

الأمر الثاني: عقد الإيجار خاصة، فهو قابل للفسخ في أكثر الأحوال، ذلك أن هذا العقد قد جاء خلاف القياس استحساناً، والمعقود عليه فيه، وهو المنفعة أو العمل ـ معدوم ويتجدد آناً فآناً. ومن ثم أمكن تصور الفسخ في الإيجار. لا فحسب عندما يختل المحل كهلاك العين المؤجرة أو حدوث عيب فيها، أو حصول أي مانع يحول دون استيفاء المنفعة المقصودة، بل أيضاً عندما لا يفي المستأجر بأجرة العين أو بأجرة العامل، على خلاف البيع وغيره من العقود كالرهن والصلح. ولا يرجع الفسخ في عقد الإيجار إلى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة، فهذه الفكرة غير موجودة في

الفقه الإسلامي، بل يرجع إلى فكرة تجدد المعقود عليه آناً فآنا. فمنفعة العين المؤجرة تتجدد، فكأن عقوداً متوالية تقع على وحدات المنفعة المتجددة، وتستحق الأجرة عن كل وحدة. فإذا امتنع المتسأجر عن دفع الأجرة، أمكن للمؤجر أن يمسك ما يقابل هذه الأجرة من المنفعة، وفي هذا كفسخ للعقد. وكذلك الحال في الأجير، يمسك عن العمل حتى يستوفي أجره.

ويلاحظ في الحالات التي يجري فيها الفسخ، يجب التمييز بين فسح العقد وانفساخه. في الفقه الإسلامي إذا فاتت منفعة العين المؤجرة بالكلية لخرابها أو لهلاكها هلاكاً كليّاً، فلا حاجة للمستأجر بفسخ العقد، بل العقد ينفسخ من تلقاء نفسه ، وتسقط الأجرة عن المستأجر . أما إذا اختلت المنفعة فلم تفت إلا فواتاً جزئياً، فلا بد من فسخ العقد بحضرة المؤجر، فإن لم يفسخ المستأجر العقد لم ينفسخ من تلقاء نفسه، ووجبت الأجرة، استوفى المستأجر المنفعة من العين أو لم يستوفها[١].

والتقنين المدني العراقي، كما هو معروف، مأخوذ في جزء كبير منه من الفقه الإسلامي مع تعديلات اقتضتها سنة التطور. ومما أدخله هذا التقنين من التعديلات فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، وإقامة نظرية الفسخ على هذه الفكرة ، وقد اقتبس التقنين العراقي ذلك من فقه القانون الوضعي[٢].

الفرع الثاني: الدفع بعدم التنفيذ

القاعدة أنه في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزمه به. وعلى ضوء هذه القاعدة يمكن دراسة الدفع بعدم التنفيذ وذلك بعرض شروطه، ثم بعد ذلك التعرف على آثاره.

---

(١) انظر في تفصيل ذلك السنهوري، مصادر الحق، جزء ٦ ص ٢١٥ إلى ص ٢٢٩، وانظر بصفة خاصة ص ٢٣٠ وما بعدها.

(٢) انظر نصوص المواد من ١٧٧ ـ ١٨٠ وهي تتفق في جملتها مع ما سبق عرضه في نظرية الفسخ، وإن كانت قد أخذت في الاعتبار بعض أحكام الفقه الإسلامي.

أولاً: شروط الدفع بعدم التنفيذ ونطاقه

يجب للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ توافر عدة شروط، أولها أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين، وثانيها أن تكون الالتزامات مستحقة الأداء، وآخرها عدم التعسف في التمسك بهذا الدفع.

١ - أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين

والدفع بعدم التنفيذ يقوم أساساً على فكرة الترابط بين الالتزامات الناشئة عن العقد الملزم للجانبين. فليس من العدالة أن يطالب أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزام، في الوقت الذي لم يقم هو بتنفيذ التزامه المستحق الأداء، ففي هذه الحالة يجوز للطرف الأول أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إلى أن يفي هذا الأخير بالالتزام المستحق عليه. وعلى ذلك فإن الدفع بعدم التنفيذ غير متصور في العقود الملزمة لجانب واحد، حيث لا يوجد إلا التزام في جانب أحد المتعاقدين، ولا يوجد ما يقابله على عاتق المتعاقد الآخر. كما أن الدفع بعدم التنفيذ يجب ألا يختلط بالحق في الحبس[1].

٢ - أن يكون الالتزام الذي يدفع بعده تنفيذه مستحق الأداء

فلا يجوز لمن كان التزامه مستحقاً أن يمتنع عن التنفيذ متمسكاً بأن الالتزام المقابل لم يتم تنفيذه، إذا كان هذا الالتزام المقابل غير مستحق الأداء، بأن كان مضافاً إلى أجل، فالبائع لا يستطيع أن يمتنع عن تسليم الشيء المبيع لعدم استيفاء الثمن إذا كان الثمن مؤجلاً. على أن الأجل القضائي، نظرة الميسرة لا تحول دون التمسك بالدفع

---

(١) انظر في هذه التفرقة الرسالة القيمة

J.F. Pillebout, Recherches sur L'exception d'inexécution, Thèse Paris, 1971, préf. P. Raynaud,

V. aussi, N. catala-Franjou, De la nature Juridique du droit de rétention, Rev. tri, dr. civ. 1969, p. 9.

وانظر رسالتنا السابق الإشارة إليها والتفرقة بين الدفع بعدم التنفيذ والوقف في تنفيذ العقد، والفسخ والوقف في تنفيذ العقد. وانظر أيضاً بحثنا في الضمانات غير المسماة، منشأة المعارف، ١٩٩١، ص ٣٣ وما بعدها. والفقه المصري يخلط دائماً بين الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس، انظر السنهوري، الوجيزة، فقرة ٧ - ٤ ص ٢٨٤ وما بعدها، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٤٠٧، ص ٥٢٠، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٢٤٦ ص ٣٠٤.

بعدم التنفيذ، فإذا كان الثمن قد حل الوفاء به فمنح القاضي المشتري أجلاً لدفعه، فإن للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى يستوفي الثمن.

وقد تقتضي طبيعة العقد أن يكون أحد العاقدين هو البادىء بالتنفيذ، وهذا هو الحال في العقود الزمنية، حيث إن القاعدة فيها - إن لم يوجد اتفاق مخالف أو عرف - أن المدين بالالتزام الزمني هو الذي يجب عليه التنفيذ أولاً في كل فترة من فترات العقد، ففي عقد العمل يجب على العامل أن يقوم بعمله عن فترة معينة، شهر مثلاً، ولا يستحق له أجراً إلا عند نهاية تلك الفترة. فلا يجوز أن يمتنع عن القيام بالعمل متمسكاً بأن رب العمل لم يؤد له أجره بعد. على أن تحريم الدفع بعدم التنفيذ على المدين بالالتزام الزمني، لا يسري إلا في بداية العقد أو بصفة عامة، في حدود فترة واحدة من فترات التنفيذ، بمعنى أنه إذا كان المدين بالالتزام الزمني قد قام بالتنفيذ عن إحدى الفترات فلم ينفذ العاقد الآخر الالتزام المقابل عن هذه الفترة، فإن للمدين بالالتزام الزمني أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فيمتنع عن تنفيذ التزامه عن الفترة التالية إلى أن يقوم المتعاقد بوفاء ما هو مستحق عليه(١).

وقد يكون كل من الالتزامين مستحق الأداء، فيتمسك كل من المتعاقدين بالدفع ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ، فإذا صمم كل واحد منهم على موقفه، واستمر هذا الوضع السلبي، فإن العقد قد يزول، واقعياً، بين الطرفين لعدم تنفيذه أصلاً. ولكن إذا كان المتعاقدان يرغبان في تنفيذ العقد، فالسبيل إلى ذلك هو اتباع إجراءات العرض الحقيقي، أو الالتجاء إلى القضاء للخروج من هذا الطريق المسدود، فيحكم القاضي بأن يودع كل من المتعاقدين ما التزم به في خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث يتولى التسلم والتسليم(٢).

٣ - يجب مراعاة حسن النية في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

إذا تعلق الأمر بعقد ملزم للجانبين، وكانت الالتزامات مستحقة الأداء، كان للمتعاقد أن يدفع بعدم التنفيذ طالما لم يقم الآخر بالتنفيذ. إلا أنه ينبغي عدم التعسف في استعمال هذا الحق. إذ القاعدة أنه يجب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود.

---

(١) انظر في نفس هذا المعنى، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٦١، ص ٣٢٢، ٣٢٣.
(٢) قارن إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٦١، ص ٣٢٣.

فإذا كان من يتمسك بالدفع هو الذي تسبب في تأخير تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه. أو كان ما بقي من التزام هذا الآخر يسيراً بالنسبة إلى ما نفذ من الالتزام في جملته، فإنه لا يحق للمتعاقد التمسك بالدفع بعدم التنفيذ. وإلا عدّ متعسفاً في استعمال حقه.

فإذا توافرت الشروط السابقة جاز للمتعاقد الذي لم ينفذ متعاقده الآخر التزامه أن يمتنع هو عن التنفيذ، وذلك حتى يحمل المتعاقد الآخر على تنفيذ التزامه. ولا حاجة إلى الإعذار لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ، ولا حاجة أيضاً إلى الالتجاء للقضاء لاستئذانه في التمسك بالدفع، وذلك على خلاف ما هو مقرر بالنسبة للفسخ كقاعدة عامة. ومع ذلك قد يقتضي الأمر الالتجاء إلى القضاء، وذلك عندما ينكر أحد الطرفين على الآخر موقفه في التمسك بالدفع، أو عندما يتمسك كل من الطرفين بالدفع ويمتنع كل منهما عن تنفيذ الالتزام، فللخروج من هذا الطريق المسدود يجب الالتجاء إلى القضاء على النحو السابق بيانه.

ثانيا: آثار الدفع بعدم التنفيذ

رأينا أن الدفع بعدم التنفيذ يعد وسيلة من وسائل جبر المتعاقد على تنفيذ التزامه المقابل والمستحق الأداء، إذا أراد هو أن يقتضي تنفيذ الالتزام المقابل بعد ذلك. كما أن الدفع بعدم التنفيذ يعتبر من أهدافه أيضاً تحقيق العدالة والمساواة بين طرفي العقد، حتى لا يجد أحدهما نفسه مضطراً إلى تنفيذ العقد، في حين أن الطرف الآخر لا يقوم بتنفيذه. ولهذا فمن يتمسك بالدفع عند توافر شروطه لا يعد مرتكباً لخطأ، ولا يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تصيب الطرف الآخر من جراء امتناعه عن التنفيذ.

ويعتبر هذا الدفع خروجاً على المبدأ الذي يقتضي بأن «لا يجوز أن يقيم الشخص العدالة لنفسه» وذلك لاعتبارات قدّرها المشرّع جديرة بالحماية، كما أن استعمال هذا الدفع لا يؤدي إلى الإخلال بالسلم والأمن الاجتماعي، كما أنه يخضع استعماله في نهاية الأمر لرقابة القضاء.

والأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يؤدي إلى زوال العقد، وذلك على خلاف الفسخ وإنما هو يؤدي فقط إلى وقف التنفيذ. فأثر الدفع بعدم التنفيذ هو أساساً أثر موقف، إذ القصد منه الضغط على إرادة طالب التنفيذ حتى يقوم هو بتنفيذ التزامه.

لكن قد يتمسك كل من الطرفين بالدفع بعدم التنفيذ، وقد يستمر هذا الوضع السلبي دون أن يلجأ أحدهما إلى الخروج عن هذا الوضع عن طريق العرض الحقيقي أو الالتجاء إلى القضاء ليحكم بالإيداع على النحو السابق بيانه، وفي هذه الحالة قد ينتهي الأمر إلى عدم تنفيذ العقد أصلاً، وبالتالي يؤدي إلى زوال العقد.

وأثر الدفع بعدم التنفيذ يعتبر أساساً أثراً موقفاً، وبالتالي لا يؤثر على مقدار الالتزام. ولكن هذه القاعدة لا تستقيم مع طبيعة العقود الزمنية، حيث إن وقف تنفيذ الالتزام الزمني خلال فترة معينة يؤدي إلى نقص في مقداره بقدر الزمن الذي وقف التنفيذ خلاله. ففي عقد إيجار لمدة معينة إذا تأخر المستأجر في دفع الأجرة، فتمسك المؤجر بالدفع بعدم التنفيذ ومنع الانتفاع عن المستأجر مدة من الزمان، فإن عدم تنفيذ المؤجر لالتزامه يكون عدم تنفيذ نهائي ـ وليس مؤقتاً ـ وذلك بقدر تلك المدة، فينقص التزامه بمقدارها، ولا يمتد العقد إلى مدة أخرى تقابل المدة التي أوقف فيها تنفيذه[١].

هذه هي جملة أحكام الدفع بالتنفيذ في فقه القانون الوضعي[٢] ويجب أن نعرف الآن ما هي أحكامه في الفقه الإسلامي. ففي الفقه الإسلامي بينما يضيق المدى الذي تفسخ فيه العقود تضييقاً ملحوظاً، نجده على النقيض من ذلك يتوسع في إقرار الدفع بعدم تنفيذ العقد توسعاً كبيراً. وسبب ذلك واضح، فإن فسخ العقد أي حله بعد عقده، أمر خطير، فوجب الاحتراز منه والتضييق فيه ما أمكن، أما الدفع بعد تنفيذ العقد فليس فيه حل للعقد، بل هو وقف لتنفيذه، ومن ثم كان أقل خطراً فجاز التوسع في إقراره.

وعلى ذلك فإن الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً من الفسخ. ويمكن أن نستخلص من تطبيقاته المختلفة نظرية عامة أكثر شمولاً من نظرية الفسخ.

ويشترط الفقه الإسلامي للتمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد أن يكون العقد من

---

(١) انظر في عرض وتفصيل ذلك رسالتنا السابق الإشارة إليها.

(٢) انظر في أحكام الدفع بعدم التنفيذ نص المادة ١٦١ مدني مصري، وما يطابقها من نصوص المادة ١٦٢ مدني سوري، والمادة ١٦٣ مدني ليبي، وانظر ما يتفق معها من نصوص المادة ٢٨٠ مدني عراقي، والمادة ٢٤٩ مدني أردني. ولا يوجد مقابل لهذا النص في القانون اللبناني ولكنه يتفق مع القواعد العامة فيه.

العقود الملزمة للجانبين أو من عقود المعاوضة. ففي هذا النوع من العقود يوجد الارتباط بين الالتزامات المتقابلة، ويكون تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين منوطاً بتنفيذ الالتزام المقابل، وفي هذا لا يختلف الفقه الإسلامي عن فقه القانون الوضعي.

كما يشترط أيضاً أن يكون الالتزام الذي يوقف المدين تنفيذه حتى يستوفي الالتزام المقابل التزاماً يتأخر تنفيذه عن تنفيذ الالتزام المقابل. وقد رتب الفقه الإسلامي تنفيذ الالتزامات المتقابلة في العقود المختلفة. ففي البيع مثلاً يبدأ المشتري بدفع الثمن ثم يسلم البائع العين المبيعة، فالذي يقف تنفيذه في الالتزامات هو التزام البائع بتسليم المبيع، فيحبسه حتى يستوفي الثمن، وليس العكس. أما إذا كان الالتزامان المتقابلان واجبيْ التنفيذ في وقت واحد، لم يبق إلا أن يودع كل من المتعاقدين التزامه في يد عدل، ويسلم العدل كلاًّ منهما حقه في الوقت نفسه الذي يسلم فيه الحق للمتعاقد الآخر. ونجد في هذا الشرط بعض الاختلاف عن نظيره في فقه القانون الوضعي.

ويترتب على الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الإسلامي أن يوقف تنفيذ العقد دون أن يفسخ أو ينحل، فالعقد لا يزال قائماً واجب النفاذ، وإنما أبيح لأحد المتعاقدين أن يوقف تنفيذ التزامه ـ لا التحلل منه ـ حتى يستوفي حقه في ذمة العاقد الآخر.

وفي العقود الزمنية كالإيجار، ما وقف تنفيذه من مدة ينقص من العقد لأن هذه هي طبيعة العقود الزمنية، الزمن معقود عليه فيها وما مضى من الزمن لا يعود[1].

وقد قنن التقنين المدني العراقي قاعدة الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الإسلامي في نص واحد جعله من العموم والشمول، بحيث يوسع من القاعدة على النحو الذي وجدناه في فقه القانون الوضعي[2].

---

(١) انظر في تفصيل ذلك السنهوري، مصادر الحق، جزء ٦، من ص ٢٣٤ إلى ص ٢٤٠، وانظر بصفة خاصة ص ٢٤٠ وما بعدها.
(٢) انظر نص المادة ٢٨٠ من التقنين المدني العراقي.

الفصل الثاني: أثر العقد من حيث الأشخاص

مبدأ نسبية أثر العقد ومبدأ الاحتجاج بالعقد: الأصل في العقد، وقوامه تراضي الطرفين على إبرامه، أنه لا ينشىء علاقة التزام إلا بين الطرفين اللذين تراضيا على إنشاء هذه العلاقة، فلا ينشىء في ذمة الغير التزاماً ولا يكسبه حقاً. وهذا هو ما يعرف بمبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد.

على أن العقد بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، واقعة اجتماعية ليس في الوسع تجاهلها. فإذا كان الأصل أن الأثر الملزم للعقد أثر نسبي يقتصر على طرفيه، فلا يستطيع الغير أن يطالب بحق أنشأه العقد ولا توجه إليه مطالبة بالتزام نشأ عنه، إلا أن وجود علاقة الالتزام التي أنشأها العقد هو حقيقة واقعة. فليس في وسع الغير أن يتجاهل نشوء هذه الحقوق والالتزامات بين طرفي العقد، وليس في وسع أي من طرفي العقد أن ينكر في مواجهة الغير أن هذه الحقوق والالتزامات قد نشأت فيما بينهما. ويعبر عن ذلك بالقول إن القاعدة هي أن العقد بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، يحتج به بالنسبة للكافة، فللغير أن يحتج به، ويحتج به عليه[1].

فهناك إذن مبدآن أساسيان يتعين التمييز بينهما: مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد، ومبدأ الاحتجاج المطلق بالعقد.

فيمكن الاحتجاج بما أنشأه العقد من حقوق والتزامات بين طرفيه على الغير، فالغير حسن النية يحتج قبل المالك الحقيقي بالعقد الصادر إليه من غير المالك،

---

(١) انظر في تفصيل ذلك، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٧٢، ص ٣٤٠، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٣٣٦، ص ٤٢٦، ٤٣٠.
وانظر في الفقه الفرنسي بصفة خاصة الرسالة القيمة المقدمة إلى جامعة باريس.
GOUTAL, Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat, Thèse, Paris II, 1977.

باعتباره سبباً صحيحاً، لكي يتمسك بالتقادم الخمسي، رغم أن المالك الحقيقي يعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد. والموعود له بالبيع يحتج بعقد الوعد على من تصرف إليه الواعد في الشيء الموعود ببيعه إخلالاً بوعده، إذا كان المتصرف إليه سيىء النية، فيكون المتصرف إليه مسؤولاً مسؤولية تقصيرية قبل الموعود له عن اعتدائه على الحق الذي نشأ من عقد الوعد للموعود له قِبَل الواعد. ومثل هذا في حالة الاعتداء على حق رب العمل قِبَل العامل إذا ترك العامل عمله قبل انتهاء مدة العقد بتحريض رب عمل ثانٍ يريد أن يستخدمه عنده، فيكون هذا الأخير مسؤولاً قبل رب العمل الأول مسؤولية تقصيرية[١].

كما يمكن من ناحية أخرى، للغير أن يحتج بالعقد: فإذا كان الغير طبقاً لمبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد لا يصبح دائناً بمقتضى عقد لم يكن طرفاً فيه، فإن عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه قبل الطرف الآخر، قد يكون مصدراً لمسؤولية تقصيرية قبل الغير. فللمصاب في حادث سيارة نتج عن عيب في صنعها، أن يرجع بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية على الشركة المنتجة، متمسكاً بإخلالها بالتزامها كبائعة قبل مشتري السيارة، والمصاب لم يكن طرفاً في عقد البيع[٢]. ومثل هذا إذا تهدم بناء نتيجة إهمال في تشييده، فللمصاب أن يرجع على المقاول على أساس المسؤولية التقصيرية متمسكاً بإخلاله بالتزامه الناشىء عن عقد المقاولة الذي ليس هو طرفاً فيه[٣].

أما مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد، والذي سيكون محل اهتمامنا، يعني أن العقد لا يكسب الغير حقاً ولا يحمله التزاماً، وإنما ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين سواء تعاقدا مباشرة أو بواسطة نائب ما دام النائب قد تعامل باسم الأصيل.

ولا يقف أثر العقد عند المتعاقدين بل هو يمتد أيضاً إلى الخلف العام لهما،

---

(١) انظر بصفة خاصة

B. Strack, des contrat conclus en violation des droits contractuels d'autrui, J.C.P. 1954, i, 1180.

(٢) انظر في تفصيل ذلك بصفة خاصة

J. Ghestin, L'application des règles Specifiques de la vents. responsabilité des fabricants et des distributeurs, 1945.

(٣) انظر بصفة خاصة مقالة:

G. Bonet et B. Gross, la réparation des dommages causés aux constructeurs. par les vices des matériaux, J.C.P. 1974, II, 2602.

كالورثة. وقد يمتد أثر العقد أيضاً إلى الخلف الخاص، أي إلى من يكتسب من أحد طرفي العقد حقّاً خاصّاً.

وإذا كان العقد ينصرف أثره إلى المتعاقدين ومن يخلفانهما من خلف عام أو خاص، فإن هذا الأثر لا ينصرف، كقاعدة عامة، إلى غير هؤلاء أي إلى الأجنبي عن العقد. فلا يجوز أن ينشىء العقد حقّاً لغير طرفيه ولا يلزم غيرهما بالتزام ما. وهذا ما يعبر عنه بالأثر النسبي للعقد. وسنرى أن هذه القاعدة العامة لا تتحمل استثناء من الناحية السلبية، حيث لا يجوز إلزام الغير بعقد لم يكن طرفاً أو ممثلاً فيه، ولكنها تتضمن استثناءً من الناحية الإيجابية إذ يجوز للغير أن يكسب حقاً من عقد كان أجنبيّاً عنه، وهذا هو الاشتراط لمصلحة الغير.

الأصل في الفقه الإسلامي أن أثر العقد ينصرف إلى العاقد نفسه، ولا يجاوزه إلى غيره ممن لم يكن طرفاً في العقد، فالعاقد إذا باشر العقد بنفسه ولنفسه، انصرف إليه وحده أثر العقد من حكم وحقوق. والفقه الإسلامي يميز بين حكم العقد وهو الأثر الأصلي للعقد والغرض الذي قصد إليه العاقدان من إنشائه، وحقوق العقد وهي ما يستتبعه العقد من التزامات ومتطلبات تؤكد حكمه وتحفظه وتكمله[1].

وعلى ذلك سندرس على التوالي أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين وخلفهما، ثم ندرس بعد ذلك أثر العقد بالنسبة إلى الغير.

المبحث الأول: أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين والخلف

قد سبق أن قلنا إن أثر العقد لا يقف عند المتعاقدين بل هو يمتد أيضاً إلى الخلف العام لهم كالورثة، وقد يمتد أثر العقد إلى الخلف الخاص. فنريد أن نعرض لهذه النقاط الثلاث على التوالي:

---

(١) انظر السنهوري، مصادر الحق، جزء ٥، ص ٥٨، وقد أكد هذا الأصل في الفقه الإسلامي صاحب مرشد الحيران في أكثر من موضع، فنص في المادة ٢٧٨ على ما يأتي: «يجوز للحر العاقد البالغ غير المحجور عليه أن يباشر أي عقد كان بنفسه أو يوكل به غيره. فمن باشر عقداً من العقود بنفسه ولنفسه، فهو الملزوم دون غيره بما يترتب عليه من الحقوق والأحكام، ونص في الفقرة الأولى من المادة ٣٠٦ على أنه «إنما تجرى أحكام العقود في حق العاقدين، ولا يلزم بها غيرهما».

المطلب الأول: أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين

إذا كان العقد قد أنشأته إرادة الطرفين، فإنه من المحقق أن آثار هذا العقد تنصرف إلى المتعاقدين، فيلتزم كل منهما أو أحدهما بما ينشأ عن العقد من التزامات، ويكتسب كل منهما أو أحدهما ما يتولد عنه من حقوق.

ولا يثير انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين أدنى صعوبة، إلا فيما يتعلق بتحديد من ينطبق عليه وصف المتعاقد. وذلك أنه ليس من اللازم أن يكون المتعاقد هو من أبرم العقد وصدر عنه أحد التعبيرين الذي انعقد بهما العقد. فقد يكون من أبرم العقد مجرد نائب لا يتعاقد باسمه ولحسابه، وإنما باسم ولحساب شخص آخر، وهو الذي تثبت له صفة التعاقد وتنصرف إليه آثار العقد طبقاً لنظرية النيابة في التصرفات القانونية التي سبقت دراستها. فطبقاً لهذه النظرية يصدر التعبير عن الإرادة من النائب الذي يبرم العقد. ولكن لا تنصرف إليه آثار العقد وإنما تنصرف مباشرة إلى الأصيل الذي نثبت له لا للنائب صفة المتعاقد.

المطلب الثاني: أثر العقد بالنسبة للخلف العام

ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين، كما ينصرف إلى خلفهم العام، أي أن تنصرف آثار العقد من السلف إلى الخلف، فتنتقل إليهم بوفاة السلف حقوقه والتزاماته، فالخلف العام إذن ليس من الغير بالنسبة لعقود سلفه. وتنص المادة ١٤٥ مدني مصري على أن «ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى لخلف العـام».

وتنص المادة ٢٢٢ موجبات وعقود لبناني على أن «العقود تشمل الذين نالوا على وجه عام حقوق المتعاقدين وتكون مفاعيلها في الأساس لهم أو عليهم، إما حالاً (كالدائنين)[١] وإما بعد وفاة المتعاقدين أو أحدهم (كالورثة والموصى لهم بمجموع التركة أو بجزء منها على وجه عام».

(١) ويلاحظ أن اعتبار الدائنين في هذا النص من الخلف العام قول غير سليم.

أولاً ـ المقصود بالخلف العام

هو من يخلف سلفه في ذمته المالية كلها، وهذا هو وضع الوارث الوحيد والموصى له بكل التركة، أو في حصة منها باعتبارها مجموعة مالية، وهذا هو وضع الوارث مع غيره أو الموصى له بحصة في التركة كالربع أو الثلث.

ثانياً ـ مدى انصراف أثر العقد إلى الخلف العام

ولدراسة مدى انصراف أثر العقد إلى الخلف العام يجب دراسة القاعدة العامة وما يرد عليها من قيود.

١ ـ القاعدة: انصراف أثر عقود السلف للخلف العام

فالخلافة العامة لا تكون إذن إلا بسبب الوفاة، عن طريق الميراث أو الوصية ـ والقاعدة بالنسبة للخلف العام، وارثاً أو موصى له بحصة في مجموع التركة، هي انصراف أثر عقود السلف إليهم، فتنتقل إليهم بوفاة السلف.

ومبنى هذه القاعدة في القانون الفرنسي هو اعتبار شخصية الوارث، ومثله الموصى له بحصة في مجموع التركة، استمراراً لشخصية المورث: وعلى هذا الأساس يكون مسؤولاً عن جميع ديون المورث، ليس فقط في حدود الأموال التي ورثها عنه، بل وفي أمواله الخاصة كذلك، ما لم يقبل التركة تحت شرط الجرد، فعندئذ تنحصر مسؤولياته في الأموال الموروثة وحدها.

أما في الشريعة الإسلامية فالقاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الديون، ومقتضى هذه القاعدة أن الوارث لا يسأل شخصياً عن ديون المورث بالغة ما بلغت وإنما يسأل فقط في حدود التركة، فإذا كانت أموالاً كافية لوفاء الدين وفاض منها شيء بعد ذلك خلص للورثة، وإن لم تكن كافية لم يكن لدائني المورث رجوع على الورثة فيما بقي لهم من ديون[1].

---

(١) انظر في أساس هذه القاعدة في الفقه المصري، إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٧٧ ص ٢٤٤، ٢٤٥، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٣٤٢، ٤٣٤، وانظر موقف الفقه الإسلامي بالتفصيل، السنهوري، مصادر الحق، جزء ٥، ص ٥٩ وما بعدها.

٢ - الحالات التي لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام:

لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام في ثلاث حالات:

الحالة الأولى: إذا كانت طبيعة الالتزام تأبى انتقاله إلى الورثة لاتصاله بشخص المدين. فمثلاً لا يلزم ورثة الرسام أو المثال بتنفيذ التزام مورثهم، وكذلك الحال بالنسبة لأصحاب المهن الحرة كالمهندس والمحامي والطبيب. فعقود هؤلاء مراعى فيها الاعتبار الشخصي. فهذه العقود تنحل بمجرد موت العاقد ولا ينصرف أثرها في المستقبل إلى ورثته. ومن ذلك أيضاً عقد الإيراد المرتب لمدى الحياة، والعقد المقرر لحق انتفاع نظراً لأن حق الانتفاع ينتهي حتماً بموت المنتفع. (م ٩٩٣ مدني مصري، م ٥٠ ملكية عقارية لبناني).

ويلاحظ هنا أن الآثار التي تحققت فعلاً قبل موت المتعاقد تبقى في ذمة طرفي العقد وتنصرف إلى الخلف العام. فمثلاً إذا كان العامل أو الطبيب قد استحق أجراً ولم يكن قد قبضه، انتقل الحق فيه إلى ورثته. وإنما ينتهي العقد من حيث إنه لا يمكن أن ينتج آثاراً مستقبلة، فلا يمكن مطالبة ورثة الطبيب أو العامل مثلاً بتنفيذه.

الحالة الثانية: إذا وجد اتفاق بين المتعاقدين على عدم انصراف أثر العقد إلى الورثة: فعندئذ ينقضي العقد حتماً بمجرد وفاة المتعاقد. كما هو الشأن إذا اتفق المؤجر والمستأجر على انتهاء عقد الإيجار بوفاة أيهما. والعقد لا ينتهي هنا إلا بالنسبة للمستقبل. أما الآثار التي نشأت بالفعل قبل موت العاقد فهي تنتقل في تركته.

الحالة الثالثة: إذا نص القانون على أن أثر العقد لا يسري في حق الخلف العام، فقد نص القانون على عدم انتقال آثار بعض العقود إلى الورثة نظراً لاتصال الالتزامات الناشئة منها بشخص المتعاقد. من ذلك عقد الوكالة (م ٧١٤ مدني مصري، م ٨٠٨ موجبات) وعقد المزارعة (م ١٦٦ مدني مصري)، وعقد الشركة (م ٢٥٨ مدني مصري، م ٩١٠ موجبات وعقود لبناني).

٣ - حالات يصبح فيها الخلف العام من الغير

في الحالات السابقة كان الوارث من الخلف العام، إلا أنه نظراً لطبيعة العقد أو

لاتفاق المتعاقدين لم تنتقل آثار العقد إلى الوارث، ولكن هناك حالات يعتبر فيها الوارث من الغير بالنسبة لعقود المورث، ولا تنفذ في حقه هذه العقود. **ويعتبر الوارث من الغير بالنسبة لتصرفات المورث التي تمس حق الوارث في القدر الواجب أن يؤول إليه من التركة.** فالوصية فيما زاد على ثلث التركة لا تسري في حق الورثة، إلا إذا أقروها. كما أن تصرف الشخص وهو في مرض الموت في مال من أمواله عن طريق التبرع يعتبر في حكم الوصية، فلا ينفذ في حق الوارث إلا في حدود ثلث التركة، وفيما زاد على ذلك يعتبر الورثة من الغير ولا يسري في حقهم إلا إذا أقروه[1].

المطلب الثالث: أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص

ونعرض هنا أيضاً لتحديد المقصود بالخلف الخاص، ثم نقف بعد ذلك على مدى انصراف عقود السلف إلى الخلف الخاص.

أولاً ـ المقصود بالخلف الخاص:

فهو من يتلقى من سلفه مالاً معيناً أو حقّاً عينيّاً كان قائماً في ذمة السلف، كالمشتري والموهوب له والموصى له بعين معينة. وقد يكون المال الذي انتقل إلى الخلف الخاص حقّاً شخصيّاً كالمحال له بالنسبة للمحيل.

ويلاحظ أنه ليس كل من يتلقى حقّاً شخصيّاً من الغير يعد خلفاً خاصاً له. فمثلاً لا يعتبر المستأجر خلفاً خاصاً للمؤجر، وذلك لأن عقد الإيجار لا ينقل مالاً من ذمة المؤجر للمستأجر بل هو ينشىء حقّاً شخصياً للمستأجر، فهو دائن للمؤجر لا خلف له. أما إذا كان هذا الحق موجوداً من قبل في ذمة السلف، فإن من يتلقى هذا الحق يعتبر خلفاً خاصاً له، فالمحال له بالحق الشخصي يعتبر خلفاً خاصاً للمحيل، لأن

---

(١) في القانون اللبناني حكم الوصية عند الشيعة طبقاً للمذهب الجعفري هو حكم القانون المصري. عند أهل السنة طبقاً للمذهب الحنفي إذا كانت لوارث لا ينفذ في حق باقي الورثة إلا بإقرارهم أياً كان قدرها إذا كانت لأجنبي تنفذ في حقهم في حدود ثلث التركة ولا تنفذ فيما زاد إلا بإقرارهم. وعند الدروز تنفذ الوصية في جميع الأحوال دون قيد. عند غير المسلمين تنفذ الوصية لوارث ولغير وارث في حدود تختلف تبعاً لما إذا ترك الموصى أو لم يترك من أصحاب الحقوق، وهم الفروع والوالدان والزوجان (م ٥٩ ـ ٦٤ من قانون ارث غير المحمديين ١٩٥٩).

الحق المحال كان موجوداً في ذمة الدائن المحيل من قبل، فالحوالة تنقل هذا الحق القائم ولا تنشئه، ولذلك يكون هذا المحال له خلفاً خاصاً للمحيل وليس دائناً له. وكذلك الحال بالنسبة للمتنازل له عن الإيجار يعتبر خلفاً خاصاً للمستأجر، لأنه ينتقل إليه حق المستأجر قبل المؤجر، فهو يتلقى إذن مالاً كان قائماً في ذمة المستأجر من قبل.

وكذلك من يعود إليه الحق نتيجة فسخ أو إبطال العقد لا يكون خلفاً للطرف الثاني، فمثلاً لا يعتبر البائع، الذي تعود إليه ملكية العين المبيعة إذا ما فسخ عقد البيع أو أبطل، خلفاً خاصاً للمشتري في ملكيتها، إذ هو لا يتلقى الملكية من المشتري، فمقتضى الأثر الرجعي للفسخ أو الإبطال أن المشتري يعتبر أنه لم يمتلك المبيع أصلاً، أو بعبارة أخرى إن الملكية تعتبر كأنها لم تنتقل من قبل إلى المشتري وإنها لم تزل عن البائع قط.

ثانيا: مدى انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص:

إن أهم ما يميز الخلف الخاص أنه **لا يعد خلفاً للسلف إلا في خصوص الحق الذي تلقاه وحده**، أما فيما عدا هذا الحق فإن الخلف لا شأن له به، ويعد غيراً بالنسبة لتصرفات السلف في غير الحق الذي آل إليه، فلا شأن له بها. فمن يشتري من آخر عقاراً لا شأن له بعقد قرض سبق أن عقده البائع، ما لم يكن العقار المبيع مرهوناً لضمان هذا القرض، كما أنه لا شأن له بعقد إيجار سبق للبائع أجّرَ به عيناً أخرى يملكها.

إنما ينحصر البحث **في أثر عقود السلف المتصلة بالحق الذي انتقل إلى الخلف الخاص**، كما لو كان بائع العقار قد أجره قبل البيع، أو كما كان قد أمن عليه لدى شركة تأمين ضد الحريق، فهنا يثور السؤال هل يلتزم المشتري بالإيجار أو التأمين الذي عقده البائع؟ أو بعبارة أخرى هل ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص بانتقال الشيء إليه. أم يعتبر من الغير بالنسبة لعقد سلفة فلا ينصرف أثره إليه؟

القاعدة أنه يشترط لكي ينصرف أثر العقد إلى الخلف ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يكون عقد السلف سابقاً على العقد الذي انتقل به الشيء إلى الخلف. أما العقود التي يبرمها السلف في شأن الشيء المستخلف فيه، بعد انتقال

الشيء إلى الخلف، فإن الخلف يعتبر من الغير بالنسبة إليها، فلا يسري أثرها عليه.

الشرط الثاني: أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد السلف من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى لخلف.

(أ) ويعتبر **الحق** من مستلزمات الشيء إذا توافرت فيه شروط ثلاثة:

أن يكون مكملاً للشيء بأن يكون من شأنه حفظه أو تقويته أو درء الخطر عنه، وأن يكون حقاً لا يمكن أن يستعمله إلا مالك الشيء، وأخيراً أن يكون الشيء هو محل الاعتبار في تقريره فلم تراع فيه شخصية السلف.

وعلى هذا الأساس يكون من مستلزمات الشيء، فينتقل بانتقاله إلى الخلف الخاص، حق مشتري المتجر في عدم منافسة البائع له، يعتبر من مستلزمات المتجر فينتقل إلى من يشتريه من المشتري. وإذا تعاقد شخص مع شركة لتأمين منزله من الحريق، ثم باع المنزل، فإن حقه قبل شركة التأمين ينتقل مع المنزل إلى المشتري. وعلى العكس لا يعتبر من مستلزمات الشيء فلا ينتقل إلى الخلف الخاص، حق بائع الأرض قبل المقاول الذي اتفق معه على إقامة بناء عليه، ومثل ذلك أيضاً أن يكون بائع السيارة قد سبق أن استأجر «جراجاً» لها، فلا ينتقل حقه في الإيجار إلى مشتري السيارة.

(ب) وكذلك تعتبر **الالتزامات** التي عقدها السلف من مستلزمات الشيء إذا توافرت فيها شروط ثلاثة: أن يكون الالتزام محدداً للشيء أي يقيد من استعماله أو يحدد من سلطات المالك عليه، وأن يكون التزاماً ليس في الوسع أن ينفذه عيناً إلا من انتقل إليه الشيء، وأن يكون الشيء هو محل الاعتبار في تقريره فلم تراع فيه شخصية السلف.

وعلى هذا الأساس يعتبر من مستلزمات الشيء، التزام صاحب المتجر بعدم الاتجار في سلعة معينة، والتزام المالك بمراعاة قيود معينة عند البناء، أو بعدم المطالبة بالشفعة إذا ما بيع العقار المجاور، فإذا بيع المتجر أو بيعت الأرض انتقل الالتزام إلى المشتري.

الشرط الثالث: أن يكون الخلف عالماً وقت انتقال الشيء إليه بالحق أو بالالتزام

الناشىء عن العقد الذي سبق لسلفه أن أبرمه. واشتراط العلم بالنسبة للحقوق والالتزام تقرر لمصلحة الخلف الخاص، فلا يكون له محل في الواقع إلا بالنسبة للالتزامات فحسب. وعبء إثبات علم الخلف بالالتزام يقع على عاتق المتعاقد مع السلف إذا ما طالب الخلف بتنفيذ ذلك الالتزام. ويشترط إثبات العلم الفعلي لا مجرد استطاعة العلم[1].

في الفقه الإسلامي نجد أنه يعرف الخلف الخاص بنفس المعنى السابق بيانه في فقه القانون الوضعي. كما أنه ينصرف إليه بوجه عام أثر العقد الذي يبرمه سلفه، من حيث الحقوق المكملة للشيء ومن حيث الالتزامات المحددة للشيء على النحو السابق بيانه في فقه القانون الوضعي. ويمكن القول إذن أن أحكام الفقه الإسلامي في هذه المسألة تماثل في مجموعها أحكام فقه القانون الوضعي[2].

المبحث الثاني: أثر لعقد بالنسبة إلى الغير

القاعدة والاستثناء:

القاعدة أن العقد لا ينصرف أثره إلا إلى العاقدين وخلفهما العام والخاص في الحدود السابق بيانها. أما بالنسبة للغير أي الأجنبي الذي لم يكن طرفاً في العقد ولم تربطه صلة بأي من طرفيه، فلا ينصرف إليه أثر العقد سواء كان حقاً أم التزاماً.

هذه القاعدة، وهي أن العقد لا يكسب الغير حقاً ولا يلزمه بالتزام يرد عليه استثناءات. وهذه الاستثناءات قد يكون مصدرها القانون، وقد يكون مصدرها إرادة المتعاقدين.

- **ومن الاستثناءات القانونية**، حالة الدعوى المباشرة وهي الدعوى التي تخول الدائن المطالبة بحق ناشيء من عقد لم يكن طرفاً فيه، وذلك باسمه الخاص لا باسم مدينه الذي أبرم هذا العقد. مثال ذلك جواز رجوع المؤجر بدعوى مباشرة على المستأجر من الباطن في حدود ما هو ثابت في ذمته للمستأجر الأصلي. وتعتبر

(١) وقد وردت هذه الأحكام في نص المادة ١٤٦ من التقنين المدني المصري ويطابق هذا النص المادة ١٤٧ سوري، والمادة ١٤٦ ليبي، والمادة ١٤٢ عراقي، والمادة ٢٠٧ أردني.

(٢) انظر في عرض وتفصيل ذلك السنهوري، مصادر الحق، جزء ٥، ص ٩٥ وما بعدها.

الدعوى المباشرة استثناء مبدأ عدم انصراف أثر العقد للغير. وهي لا تتقرر إلا بنص خاص.

ومن ذلك أيضاً أن عقود الإدارة التي يعقدها غير المالك أو من زالت ملكيته بسبب الفسخ أو البطلان أو الرجوع، تنفذ في حق المالك الحقيقي أو من عادت إليه الملكية. إذا كانت هذه العقود قد عقدت بغير غش ولم تتجاوز حدود المألوف في الإدارة، فهنا نجد شخصاً أجنبياً عن العقد يلتزم بآثاره.

وتطبيقاً لنظرية الأوضاع الظاهرة قد ينفذ العقد في حق الغير، فتصرف الوارث الظاهر ينفذ في حق الوارث الحقيقي.

وكذلك العقود التي يبرمها أغلبية الشركاء على الشيوع تنفذ في حق الأقلية، استثناء من مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد.

ـ ويجوز الخروج على مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد، بإرادة طرفيه، في شقه الإيجابي، إنشاء الحق، دون شقه السلبي، إنشاء الالتزام، فليس لطرفي العقد أن يرتبا باتفاقهما التزاماً في ذمة الغير. فتعهد أحد الطرفين عن الغير لا ينشىء سوى التزام في ذمة المتعهد نفسه وعلى العكس لطرفي العقد أن يشترطا حقاً لمصلحة الغير، فينشأ للمنتفع حق مباشر من عقد لم يكن طرفاً فيه. وقد نصت المادة ٢٢٥ موجبات وعقود لبناني صراحة على هذه القاعدة بقولها «إن العقد لا ينتج في الأساس مفاعليه في حق شخص ثالث».

ونصت المادة ٢٢٦ موجبات وعقود قولها «على أن هذه القاعدة لا تحتمل شذوذاً من الوجه السلبي».

وأخيراً نصت المادة ٢٢٧ موجبات وعقود على «أن الصفة النسبية في العقود تحتمل شذوذات من الوجه الإيجابي، فيجوز للمرء أن يعاقد باسم لمصلحة شخص ثالث بحيث يصبح هذا الشخص دائناً للملتزم بمقتضى العقد نفسه».

فنتكلم أولاً في التعهد عن الغير، وأثره لا ينصرف إلى الغير فلا يرتب في ذمته التزاماً. ثم في الاشتراط لمصلحة الغير، وأثره ينصرف إلى الغير فيكسبه حقاً.

لكن قبل عرض ذلك تفصيلاً يجب أن نشير إلى أنه في الفقه الإسلامي لا

ينصرف أثر العقد إلى الغير الأجنبي تماماً عن العقد. فالآثار التي تترتب على العقد ـ التزاماً أو حقاً ـ لا تنصرف إلى الغير، وذلك خلافاً لما هو عليه الحال في فقه القانون الوضعي، حيث يجيز أن ينصرف الحق إلى الغير.

المطلب الأول: التعهد عن الغير

نود منذ البداية أن نؤكد على حقيقة هامة وهي أن التعهد عن الغير لا يتضمن أي استثناء من مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد، وإنما هو محض تطبيق للقواعد العامة. فإذا كانت الغاية المقصودة من المتعهد هي الحصول على التزام الغير، فإن التعهد بذاته لا ينشىء سوى التزام في ذمة المتعهد بالحصول على رضى الغير، أما الغير فهو لا يلتزم بمقتضى التعهد بل هو أجنبي عنه، ولا يلتزم إلا برضاه وهو حر في القبول أو الرفض. وعلى ذلك يجب أن نعرض لمقومات التعهد وشروطه ثم نتعرف بعد ذلك على آثاره.

أولاً: تعريف التعهد عن الغير وصوره

والتعهد عن الغير هو تعهد شخص بحمل الغير على قبول أو إقرار الالتزام بأمر معين. كأن يتعهد شخص لمدير مسرح بأن يجعل فناناً معيناً يقبل العمل في مسرحه، أو أن يتعهد بأن يحصل على رضاء فنان بإحياء حفلة غنائية أو برسم صورة. وقد يكون بين الشركاء على الشيوع قاصر أو أحد الشركاء غير حاضر، ويريدون بيع الشيء الشائع دون انتظار خوفاً من ضياع الصفقة. في مثل هذه الأحوال يتعاقد بقية الشركاء عن أنفسهم وعن القاصر أو الغائب، ويتعهدون بأن يقر هؤلاء البيع عند بلوغ الأول سن الرشد وعند حضور الثاني.

وتنص المادة ١٥٣ مدني مصري على أنه «إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده، فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به» «أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد».

ونصت المادة ٢٢٦ موجبات وعقود لبنان على ما يأتي «على أن هذه القاعدة لا

تحتمل شذوذاً من الوجه السلبي، فالوعد عن شخص ثالث يقيد الواعد إذا تكفل بحملة على الرضاء وأخذ الأمر على نفسه، وتبقى للشخص الثالث الحرية التامة في الموافقة أو الرفض (لمادة ١٩٣)[1] «فالامتناع عن الموافقة إذا لا يجعل الشخص مسؤولاً بشيء على الإطلاق لكن يجعل ذلك المتكفل مستهدفاً لأداء بدل، العطل والضرر لعدم قيامه بالعمل الذي تكفل به صراحة أو ضمناً». «أما الموافقة فمفاعيلها بين المتعاقدين تبتدىء من يوم العقد، ولا يكون لها مفعول تجاه الشخص الثالث إلا من يوم حصولها».

ثانيا: شروط التعهد عن الغير:

ويجب حتى يقوم التعهد عن الغير أن تتوافر الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذي يتعهد عنه فالمتعهد يلتزم شخصياً بالحصول على رضاء الغير. وفي هذا يختلف المتعهد عن الغير عن الوكيل، أو النائب بوجه عام، الذي يبرم العقد باسم الأصيل ولحسابه، فينصرف أثر العقد إلى الأصيل، أما المتعهد عن الغير فيعمل باسمه وينصرف إليه هو أثر العقد.

الشرط الثاني: يجب أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه لا إلى الزام الغير: إذ كما قلنا لا يمكن لأحد أن يلزم غيره بدون إرادته. فالاتفاق على إلزام الغير بعقد لم يكن طرفاً فيه هو اتفاق باطل. وهذا هو الفرق بين التعهد عن الغير والمشترط لمصلحة الغير، فالمشترط لمصلحة الغير يريد أن يجعل للغير حقاً يكسبه مباشرة من ذات العقد الذي أبرمه المشترط، وهذا ما يجعل الاشتراط لمصلحة الغير استثناء من القاعدة التي تقضي بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير، ويجعل التعهد عن الغير تطبيقاً لهذه القاعدة.

الشرط الثالث: أن يكون التعهد عن الغير محله التزام المتعهد بحمل الغير الذي تعهد عنه على قبول أو إقرار الالتزام بأمر معين. فالمتعهد يلتزم بعمل شيء. وهو التزام بتحقيق نتيجة، أي يجب أن يصل المتعهد فعلاً إلى جعل الغير يقبل أو يقر الالتزام، ثم يقف التزامه عند ذلك فلا يكفل تنفيذ الغير للالتزام بعد أن قبله أو أقره.

---

(١) وتنص المادة ١٩٣ على أنه «يجوز للمرء أن يعد بعمل غيره، لكن هذا الوعد لا يلزم إلا صاحبه ولا يتناول مفعول الشخص الثالث، بل تبقى لهذا الشخص حريته التامة».

وهذا هو الفرق بين المتعهد عن الغير والكفيل، فالكفيل يكفل تنفيذ التزام معين بعد أن يوجد ولا يكفل إيجاده، أما المتعهد عن الغير فيكفل إيجاد الالتزام في ذمة الغير ولا يكفل تنفيذه[1].

ثالثا: أثر التعهد عن الغير:

ونعرض هنا للمبدأ العام: ثم بعد ذلك ندرس تطبيق هذا المبدأ.

١ ـ المبدأ: حرية الغير في القبول أو الرفض:

إن الغير يكون حرّاً في قبول أو إقرار الالتزام، أو رفض أو عدم إقراره، فهو أجنبي عن عقد التعهد عن الغير، ولذلك فهو لا يسأل بشيء إذا هو رفض أو لم يقر الالتزام.

٢ ـ تطبيق المبدأ:

وندرس هنا كيف يتم قبول الغير أو إقراره، وكذلك نقف على أثر رفضه أو عدم إقراره.

أ ـ قبول الغير أو أقراره

الفرض الأول: فإذا كان التعهد عن الغير عقداً مستقلاً مقصوداً لذاته، كما لو تعهد شخص لمدير مسرح بأن يعمل على قبول فنان معين للعمل في مسرحه، أو تعهد بأن يحصل على رضاء فنان بإحياء حفلة غنائية أو برسم صورة، ففي هذه الحالة يعتبر التعهد، وهو عقد بين المتعهد والمتعاقد معه، بمثابة إيجاب معروض على الغير من جانب المتعاقد مع المتعهد، فإذا قبل الغير التعهد فقد قبل هذا الإيجاب، وتم عقد جديد بين الغير والمتعاقد مع المتعهد، وهذا العقد الجديد هو غير العقد الذي تم أولاً بين المتعهد والمتعاقد معه. ويختلف العقدان من حيث أطراف التعاقد، فالعقد الأول طرفاه المتعهد والمتعاقد معه، والعقد الثاني طرفاه المتعاقد مع المتعهد والغير. فهناك طرف مشترك في العقدين هو المتعاقد مع المتعهد. ويختلف العقدان كذلك من حيث الالتزامات التي تنشأ عنهما، فالعقد الأول ينشىء التزاماً بعمل شيء في ذمة المتعهد

(١) انظر السنهوري، الوجيز، فقرة ٢٤٠ ص ٢١٦.

وهو حمل الغير على قبول التعهد، والعقد الثاني ينشىء التزاماً في جانب الغير قد يكون محله نقل حق عيني أو عمل أو امتناع عن عمل حسب نوع التعهد الذي أبرمه مع المتعاقد الآخر. ويختلف العقدان أخيراً من حيث الوقت الذي يتم فيه كل منهما، فالعقد الأول يتم عند تلاقي الإيجاب والقبول من المتعهد والمتعاقد معه، والعقد الثاني لا يتم إلا عند صدور القبول من الغير. فليس للقبول إذن أثر رجعي إلا إذا تبين أن الغير قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد[1]. والقبول قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً، مثل أن يقوم الغير بتنفيذ التعهد. ويجب أن يتوافر لدى الغير الأهلية اللازمة للقبول. كما لا يشترط في القبول أي شكل خاص إلا إذا اشترط القانون ذلك، كما في الرهن الرسمي والهبة.

الفرض الثاني: أما إذا كان التعهد عن الغير تابعاً لعقد آخر، كعقد بيع الشركاء على الشيوع الذين من بينهم قاصر أو شريك غير حاضر، أو عندما يكون من عقد العقد عن الغير (كالوكيل والوصي) قد تجاوز حدود نيابته عنه وتعهد للغير بإقرار الأصيل، في هذه الحالات فإن ما يصدر عن الغير لا يعدو أن يكون إقراراً لمثل هذه التصرفات حتى تصبح نافذة وسارية في حقه، أي ترتب آثارها في ذمته، بالرغم من أنه لم يكن طرفاً بها وإنما كان أجنبياً عنها. ويكون لهذا الإقرار أثر رجعي لأن هذا الأثر الرجعي يتفق مع قصد ذوي الشأن[2].

ب ـ رفض الغير أو عدم إقراره:

ومن ناحية أخرى فإن للغير أن يرفض التعهد أو لا يقر التصرف، وللغير كامل الحرية في ذلك، ولا يكون مسؤولاً بشيء، لأن التعهد أو التصرف لا يرتب في ذمته أي التزام.

وإنما يثير رفض الغير أو عدم إقراره مسؤولية المتعهد، فهو لم ينفذ التزامه تنفيذاً

---

(١) السنهوري، الوجيز، فقرة ٢٤١، ٢٤٢ ص ٢١٧، ٢١٨، وانظر المادة ١٥٣ من التقنين المدني المصري، وما يطابقها من نص المادة ١٥٤ مدني سوري، والمادة ١٥٥ مدني ليبي، والمادة ١٥١ مدني عراقي، والمادة ٢٠٩ مدني أردني.

(٢) قارن عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٢٦٢، ص ٤٥٥، ٤٥٦، ٤٥٧، وانظر تحليل آخر للدكتور إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨٦، ص ٣١٤، وفقرة ١٨٧ ص ٣٦٥.

عينياً. لأنه لم يفلح في الحصول على قبول أو إقرار الغير للتعهد أو التصرف. ولذلك يكون المتعهد مسؤولاً في مواجهة المتعاقد معه، وجزاء هذه المسؤولية دفع تعويض للمتعاقد معه عمّا أصاب هذا من الضرر من جراء رفض الغير للتعهد أو عدم إقراره التصرف. ولا يجوز إجبار المتعهد على تنفيذ العقد الذي كان يراد من الغير قبوله أو إقراره، فالمتعهد لم يلتزم بذلك، بل التزام فقط بالحصول على قبول الغير أو إقراره. لكن ليس هناك ما يمنع من أن يقوم المتعهد بتنفيذ العقد الذي رفضه الغير إذا كان تنفيذه ممكناً ولم يكن متصلاً بشخص الغير، وذلك ليتخلص من التعويض الذي يطالبه به المتعاقد معه. وهذا الحل يمكن الأخذ به في القانون اللبناني طبقاً للقواعد العامة في التعويض العيني والتعسف من استعمال الحق.

في الفقه الإسلامي لا ينصرف أثر العقد إلى الغير الأجنبي تماماً عن العقد. فالآثار التي تترتب على العقد ـ التزاماً أو حقّاً ـ لا تنصرف إلى الغير في العقد. فالفقه الإسلامي لا يجيز إذن أن ينصرف إلى الغير لا التزام ولا الحق. بينما نرى في فقه القانون الوضعي لا يجيز أن ينصرف الالتزام إلى الغير ولكن يجيز أن ينصرف الحق[1].

لكن كيف يواجه التعهد في الفقه الإسلامي؟

نجد أن الفقه الإسلامي يعرف في صورة بيع ملك الغير تحت اسم بيع الفضولي، أي أن هذه الصورة تقترب من الحالة الثانية من حالات التعهد في فقه القانون الوضعي لكنها لا تختلط بها. والفقه الإسلامي لا يعرف في صورة التعهد عن الغير كعقد مستقل مقصود لذاته. كما هو الشأن في الصورة الأولى من صور التعهد عن الغير في فقه القانون الوضعي.

ويمكن أن نضرب مثلاً لبيع الفضولي لنقارنه بالتعهد عن الغير. فإذا أراد شريك أن يبيع شيئاً مملوكاً على الشيوع مع شريك آخر قاصر، فإن الشريك غير القاصر يستطيع أن يبيع هذا الشيء كأصيل في حدود نصيبه وكفضولي في حدود نصيب شريكه القاصر، على أن يجيز القاصر عند بلوغه سن الرشد بيع نصيبه[2].

---

(١) انظر السنهوري، مصادر الحق، جزء ٥ ص ١٥٨ وما بعدها. وانظر أيضاً شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية فقرة ١٨٨.

(٢) يلاحظ أن الفقه الإسلامي يطلق الإجازة على الإقرار المعروف في فقه القانون الوضعي.

ويتفق بيع الفضولي مع التعهد عن الغير في أن الشريك الفضولي يبرم بيعاً تاماً، كما هو في الحالة الثانية في فقه القانون الوضعي، لكنهما يختلفان في أن بيع الفضولي لا يتضمن أي تعهد لحمل القاصر على إجازته عند بلوغ سن الرشد، بينما في القانون الوضعي نجد أن عقد البيع يتضمن في الوقت نفسه تعهداً على حمل القاصر على إقراره بعد بلوغ سن الرشد أو بعد إتباع الإجراءات المقررة في القانون، يترتب على ذلك فرق هام جداً وهو أنه في بيع الفضولي إذا لم يجز القاصر البيع فالشريك الفضولي لا يكون مسؤولاً نحو المشتري، وذلك لأن المشتري يعلم أن البائع يتصرف كفضولي في حدود نصيب القاصر وتقدم وهو على بصيرة من ذلك، كل ما هنالك كان يأمل في إجازة القاصر بعد بلوغ سن الرشد، فإن لم يتم ذلك فلا مسؤولية على البائع لأنه لم يصدر منه أي تعهد بحمل القاصر على إجازة البيع عند بلوغ سن الرشد، حيث إن الفقه الإسلامي لا يجيز ذلك. بينما في صورة التعهد عن الغير في فقه القانون الوضعي، يكون المتعهد مسؤولاً نحو المشتري عن التعويض أو عن تنفيذ التعهد بنفسه إذا أمكن، إذا لم يقر القاصر البيع، لأنه بذلك يكون قد فشل في حمله على الإقرار وبالتالي لم ينفذ التزامه الذي تعهد به[1].

المطلب الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير يعتبر استثناءً على مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد وصورته أن يكون هناك عقد بين المشترط والمتعهد ينشأ عنه حق مباشر للمنتفع قبل المتعهد، رغم أن هذا المنتفع لم يكن طرفاً في هذا العقد، بل أجنبياً عنه.

ولدراسة الاشتراط لمصلحة الغير، يجب أن نعرض أولاً لتعريفه وأهميته، ثم بعد ذلك لشروطه وأخيراً لآثاره.

أولاً: تعريف الاشتراط لمصلحة الغير وأهميته

الاشتراط لمصلحة الغير عقد يشترط فيه أحد الطرفين، ويسمى المشترط، على الطرف الآخر ويسمى المتعهد، التزاماً لمصلحة شخص ثالث ليس طرفاً في العقد

(١) قارب إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨٥ ص ٣٦١، وفقرة ١٨٧ ص ٣٦٥، وقارن السنهوري. مصادر الحق في الفقه الإسلامي، جزء ٥ ص ١٥٩ ص ١٦٠.

يسمى المنتفع أو المستفيد، بحيث ينشأ عن هذا العقد حق مباشر للمنتفع قبل المتعهد.

ومن أمثلته، عقد التأمين على الحياة، الذي يبرمه شخص مع شركة التأمين ليؤمن فيه على حياته لمصلحة زوجته أو أولاده أو لمصلحة أي شخص آخر تربطه به صلة قرابة أو مودة أو عقد البيع الذي يشترط فيه البائع على المشتري أن يؤدي الثمن أو جزءاً منه إلى شخص ثالث. وفي الهبة قد يشترط الواهب على الموهوب له ترتيب إيراد لشخص من الغير لمدى حياته. ولم يستقر الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الوضعي إلا بعد أن مرّ بمراحل تطور طويلة. فلم يعرف الاشتراط لمصلحة الغير على هذا النحو إلا على سبيل الاستثناء في كل من القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم والتقنين المدني الفرنسي. ثم انقلب هذا الاستثناء إلى قاعدة عامة في التقنينات الحديثة[1].

وتنص المادة ١/١٥٤ مدني مصري على أنه «يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية».

وتنص المادة ٢٢٧ موجبات وعقود لبناني على «أن الصفة النسبية في العقود تحتمل شذوذات من الوجه الإيجابي، فيجوز للمرء أن يعاقد باسمه لمصلحة شخص ثالث بحيث يصبح هذا الشخص دائناً للملتزم بمقتضى العقد نفسه» «وأن التعاقد لمصلحة الغير يكون صالحاً معمولاً به»: ١ ـ حينما يكون متعلقاً باتفاق ينشئه العاقد في مصلحته الخاصة مالية كانت أو أدبية. ٢ ـ حينما يكون شرطاً أو عبئاً لتبرع بين الأحياء أو لتبرع في الإيصاء رضي به العاقد لمصلحة شخص آخر (التبرع بشرط).

ثانياً: شروط تحقق الاشتراط لمصلحة الغير

حتى يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير يجب توافر شروط أربعة:

الشرط الأول: أن يتم التعاقد باسم المشترط لا باسم المنتفع. يلزم في الاشتراط

(١) انظر المواد ١٥٤ ـ ١٥٦ مدني مصري، وما يطابقهم المواد ١٥٥ ـ ١٥٧ مدني سوري، والمواد ١٥٦ ـ ١٥٨ مدني ليبي، والمواد ١٥٢ ـ ١٥٤ مدني عراقي، والمواد ٢١٠ ـ ٢١٢ مدني أردني، ويقاربهم المواد ٢٢٧ ـ ٢٣١ قانون الموجبات اللبناني.

لمصلحة الغير أن يتم التعاقد باسم المشترط نفسه لا باسم المنتفع. وهذا هو الذي يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة، فالنائب وكيلاً كان أو ولياً أو فضولياً، يتعاقد باسم الأصيل، أو المشترط فيتعاقد باسمه. فلو أن الناقل قد أبرم عقد تأمين على البضائع التي يقوم بنقلها باسم مالك البضائع، فإننا نكون بصدد نيابة في التعاقد إذا كان الناقل موكلاً بالتأمين على البضائع أو بصدد عمل من أعمال الفضالة إن لم يكن الناقل موكلاً بذلك، ولا يوجد هنا أي اشتراط لمصلحة الغير.

الشرط الثاني: أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للغير المنتفع أو المستفيد، فإذا لم تنصرف إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع لم نكن بصدد اشتراط لمصلحة الغير. مثل ذلك إذا كان الحق الناشيء عن العقد يتعلق بالمشترط نفسه. حتى ولو كانت تعود منه فائدة على الغير. ومثال ذلك عقد التأمين الذي يؤمن شخص بمقتضاه على مسؤوليته عما ينجم من الضرر للغير. فهذا العقد لا يتضمن أي اشتراط لمصلحة الغير، لأنه لا ينشأ عنه حق مباشر للمضرور، وإنما فيه تأمين لمصلحة المشترط نفسه، وإذا كان التعويض الذي أخذه من شركة التأمين يعود بالفائدة على المضرور، إذ يستطيع أن يستوفي منه حقه وإن زاحمه في ذلك سائر دائني المؤمن له.

الشرط الثالث: أن تكون للمشترط مصلحة شخصية في الاشتراط للغير. يستلزم لقيام الاشتراط أن تكون للمشترط مصلحة شخصية في الاشتراط للغير. فإذا لم تكن هناك مصلحة لا يقوم الاشتراط نفسه، أي يقع باطلاً. وهذه المصلحة قد تكون مادية وقد تكون مصلحة أدبية. ويتوسع الفقه والقضاء في الوقت الحاضر في تصوير فكرة المصلحة الأدبية. وهذا ما يجب الأخذ به في القانون اللبناني بحيث لا يقتصر الأمر على حالات يصح فيها الاشتراط لمصلحة الغير دون غيرها، بل يكفي أن تكون للمشترط مصلحة في تنفيذ الاشتراط أياً كانت صورته.

الشرط الرابع: تعيين المنتفع أو قابليته للتعيين، وجود المنتفع أو قابليته للوجود. قد يعين المنتفع بذاته في عقد الاشتراط، ولكن ذلك ليس بشرط، فيجوز أن يقتصر العقد على بيان الصفات المميزة للمنتفع، والتي يتعين بها شخصه وقت ترتيب العقد لأثره، كما في التأمين على الحياة لمصلحة الزوجة (ولو لم يكن المؤمن له متزوجاً وقت إبرام العقد) أو الأولاد أو الورثة دون ذكر أسمائهم، وقد يحتفظ

المشترط بحق تعيين المنتفع في المستقبل، ويتم التعيين اللاحق إما بالذات أو بالصفات المميزة لشخص المنتفع، ويكون له أثر رجعي يستند إلى وقت إبرام العقد.

كما لا يشترط وجود المنتفع وقت الاشتراط، فيصح للشخص أن يؤمن على حياته لمصلحة أولاده من ولد منهم ومن لم يولد. وقد لا يكون للمؤمن له أولاد أصلاً ومع ذلك يصح التأمين لمصلحة ما عسى أن يوجد له من أولاد في المستقبل.

أما إذا لم يوجد المنتفع أو لم يعين وقت ترتيب المشارطة لأثرها، كما إذا مات المؤمن على حياته لمصلحة أولاده، ولم يخلف ولداً، أو كان المؤمن له قد احتفظ بحق تعيين المنتفع ومات قبل أن يستعمله، فإن الاشتراط يبطل أثره بداهة، ويدخل مبلغ التأمين في تركة المؤمن له.

ثالثاً: آثار الاشتراط لمصلحة الغير

إن الاشتراط لمصلحة الغير ثنائي في تكوينه، فهو ينعقد باتفاق المشترط والمتعهد. ولكنه ثلاثي في آثاره، فهو ينشيء علاقات ثلاث بين المشترط والمتعهد، وبين المنتفع والمتعهد، وبين المشترط والمنتفع.

١ - علاقة المشترط بالمتعهد:

تخضع هذه العلاقة للاتفاق الذي تم بينهما وهما طرفا عقد الاشتراط. وهذه العلاقة تتميز بميزتين:

أ - المشترط ليس دائناً بالأداء المشروط

طبيعة الاشتراط ذاتها تملي بأن لا يكون المشترط دائناً بالأداء المشروط لمصلحة المنتفع، بل إن المنتفع يكون وحده هو الدائن به كما سنرى تفصيلاً عند الحديث عن علاقة المنتفع بالمتعهد.

ب - حق المشترط في مراقبة تنفيذ الاشتراط

لكن للمشترط بما له من مصلحة شخصية في التزام المتعهد نحو المنتفع أن يراقب تنفيذ هذا الالتزام. وعلى ذلك فإن للمشترط دعوى التنفيذ قبل المتعهد، يطالبه بأن يؤدي إلى المنتفع الأداء الذي اشترط لمصلحته. كما أنه يحق للمشترط، إذا

المتعهد أخل بالتزامه نحو المنتفع، أن يطلب الحكم بإلزام المتعهد بتعويض المنتفع، فضلاً عن تعويضه هو ـ أي المشترط ـ عن الضرر الذي أصابه شخصياً من جراء إخلال المتعهد بالتزامه. وللمشترط طبقاً للقواعد العامة، أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فيمتنع عن تنفيذ ما يكون قد التزم به نحو المتعهد بمقتضى العقد الذي تضمن الاشتراط، وإلى أن يقوم المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع. كما يحق للمشترط طلب فسخ العقد فيتحلل من التزامه للمتعهد.

٢ ـ علاقة المتعهد بالمنتفع

يتجلى في هذه العلاقة الأثر الجوهري للاشتراط لمصلحة الغير، إذ ينشأ للمنتفع حق مباشر قبل المتعهد مصدره عقد الاشتراط. ولا يتوقف نشوء هذا الحق على قبول المنتفع، لكنه يكون قابلاً للنقض من جانب المشترط إلى أن يبدي المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط. وعلى ذلك فإن لهذه العلاقة وجهان:

أ ـ حق مباشرة للمنتفع قبل المتعهد لا يتوقف نشوؤه على قبول المنتفع:

ويترتب على أن حق المنتفع ينشأ مباشرة من عقد الاشتراط دون أن يمر بذمة المشترط، أن يصبح المنتفع دائناً به للمتعهد. ولذلك لا يكون لدائني المشترط أو ورثته أي شأن به، فهو لا يدخل الضمان العام لدائنيه. ولا يعتبر جزءاً من تركته بعد وفاته.

وللمنتفع بمقتضى حقه المباشر أن يطالب المتعهد بتنفيذ ما تعهد به لمصلحته، لكن ليس للمنتفع، إذا ما أخل المتعهد بالتزامه نحوه، أن يطلب الحكم بفسخ العقد المتضمن الاشتراط، لأنه ليس طرفاً فيه. وإنما يكون ذلك للمشترط وحده.

وينشأ حق المنتفع من وقت العقد لا من وقت إظهار رغبته في الاستفادة من الاشتراط. فإذا مات المنتفع قبل إظهار رغبته في الاستفادة من الاشتراط، بل وقبل أن يعلم بالاشتراط المعقود لمصلحته، فإن حقه قبل المتعهد ينتقل إلى ورثته. كما لا يتأثر حق المنتفع بوفاة المتعهد أو المشترط أو فقد أي منهما للأهلية في الفترة ما بين انعقاد الاشتراط وإظهار الرغبة.

لكن من جانب آخر يستطيع المتعهد أن يدفع مطالبة المنتفع له بكل الدفوع التي ترد على عقد الاشتراط. فيكون له أن يطعن فيه بأي وجه من وجوه البطلان (م ١٥٤/ ٢ مدني مصري)، وإذا كان المشترط لم يقم بما التزم به في عقد الاشتراط. كان للمتعهد أن يدفع في مواجهة المنتفع بعدم تنفيذ المشترط لالتزامه. كما يكون له أن يطلب الحكم بالفسخ.

ب - حق المنتفع قابل للنقض من جانب المشترط إلى أن يقبله المنتفع:

وحق المنتفع، ولو أنه ينشأ من عقد الاشتراط مباشرة، إلا أنه حق قابل للنقض من جانب المشترط، حتى يظهر المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط (م ١٥٥ مدني مصري، م ٢٣١ موجبات وعقود لبناني) وسنعرض لهذا الوجه تفصيلاً فيما بعد.

٣ - علاقة المشترط بالمنتفع

في هذا الصدد يجب أن نحدد طبيعة هذه العلاقة، ثم بعد ذلك نقف على طبيعة حق المشترط في نقض المشارطة وآثاره وحدوده.

أ - تتحدد طبيعة هذه العلاقة بالدافع إلى الاشتراط:

فإذا كان القصد من الاشتراط هو التبرع للمنتفع، فإن الاشتراط يعتبر هبة غير مباشرة في العلاقة بين المشترط والمنتفع، ولا تخضع بذلك للشكل الرسمي اللازم للهبة، وإن كانت تخضع للقواعد الموضوعية، كما هو الشأن بالنسبة للأهلية، فيجب أن تتوافر أهلية المتبرع في المشترط وقت عقده، وإلى غير ذلك من القواعد الموضوعية الواردة في القانون المدني.

أما إذا كانت العلاقة بين المشترط والمنتفع معاوضة، فإنها تتحدد على ضوء ما هناك من علاقات بين الطرفين. فقد يقصد من الاشتراط وفاء دين سابق في ذمة المشترط، وقد يقصد منه تعويض المنتفع عمّا يوقعه المشترط من أضرار بالغير.

ب - حق المشترط في نقض المشارطة، طبيعته، آثاره، حدوده

إن حق المنتفع، ولو أنه ينشأ له من عقد الاشتراط مباشرة دون توقف على قبوله

إلا أنه حق قابل للنقض من جانب المشترط إلى أن يظهر المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط.

وحق المشترط في نقض المشارطة حق متصل بشخصه، فلا يجوز لدائنيه استعماله عنه بالدعوى غير المباشرة، ولا ينتقل إلى ورثته بعد وفاته. ويكون استعمال المشترط لحقه في نقض المشارطة بتعبير عن الإرادة، لا يجب فيه شكل خاص، وقد يكون صريحاً أو ضمنياً.

ويترتب على نقض المشارطة زوال حق المنتفع بأثر رجعي وكأنه لم يكـن. ولكن الأصل ألا تبرأ ذمة المتعهد ، ما لم يتفق صراحة أو ضمناً على براءة ذمة المتعهد عند نقض المشارطة. وعندما ينقض المشترط المشارطة ويزول حق المنتفع فإنه يستطيع أن يعين منتفعاً آخر، فيثبت الحق للمنتفع الجديد من وقت عقد الاشتراط لا من وقت تعيينه ولا من وقت نقض حق المنتفع. وإذا لم يعين منتفعاً آخر ولم يبريء ذمة المتعهد فإن الحق ينصرف إليه هو، ويثبت له هذا الحق من وقت العقد لأنه لم يتلقاه من المنتفع وفي هذه الحالة يصير الاشتراط لمصلحة الغير عقداً عادياً لا ينصرف أثره إلا إلى المتعاقدين (م ١٥٥ / ٢ مدني مصري؛ م ٢٣١ موجبات وعقود لبناني).

ويسقط حق المشترط في نقض الاشتراط بإبداء المنتفع رغبته في الاستفادة منه. وإبداء الرغبة ليس قبولاً لإيجاب ينعقد به عقد جديد، فحق المنتفع قد نشأ له من عقد الاشتراط الذي تم إبرامه بين المشترط والمتعهد، وإنما هو تثبيت لهذا الحق الذي يجعله غير قابل للنقض.

وإبداء الرغبة في الاستفادة من الاشتراط تعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً أو ضمنياً، ولايجب فيه شكل خاص، ويكفي لكي يترتب على إبداء الرغبة أثره في تثبيت حق المنتفع أن يعلن إلى المشترط أو المتعهد، فلا يشترط أن يعلن إليهما معاً. وللمنتفع أيضاً أن يرفض الاشتراط، فيترتب على الرفض الآثار نفسها التي تترتب على نقض المشترط للاشتراط.

وفي الفقه الإسلامي يبدو أن الاشتراط لمصلحة الغير، على النحو السابق بيانه.

غير جائز[1]. ويستعيض الفقه الإسلامي عن الاشتراط لمصلحة الغير بنظم قانونية أخرى تتشابه بالاشتراط ولكن لا تختلط به، مثل حوالة الدين[2].

(1) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٨٩.
(2) السنهوري، مصادر الحق، جزء ١٦١.

الباب الرابع
الإرادة المنفردة[1]

تمهيد:

سبق أن تحدثنا عن العقد باعتباره مصدراً إرادياً عاماً للالتزام، ولكنه ليس المصدر الوحيد، بل تقوم الإرادة المنفردة بجانبه مصدراً ثانوياً، لا تنشيء الالتزام إلا في حالات محدودة ينص عليها القانون حينما تدعوه حاجة التعامل إلى أن ينشأ الالتزام في ذمة شخص بإرادته وحدها دون توقف على قبول من آخر. وهذا ما استقر عليه التقنين المدني في مصر.

مع ذلك فإن هناك خلافاً في الفقه حول مدى صلاحية الإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام بالرغم من التسليم بقدرتها على ترتيب آثار قانونية أخرى غير إنشاء الالتزام.

لذلك يجب أن نقف في فصل أول، على مدى قدرة الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام، ثم نعرض في فصل ثانٍ، لأهم تطبيقات الإرادة كمصدر خاص للالتزام، الوعد بجائزة الموجه للجمهور.

---

(١) انظر بصفة خاصة

A. SALAMA, La conception de l'engagement unilatéral en droit civil comparé, Thèse Paris, 1957.

وانظر لنفس المؤلف، فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الخامسة (١٩٦٣) العدد الثاني، والسنة السادسة (١٩٦٤) العددان الأول والثاني.

J. Martin de la Monte, l'acte Juridique unilatéral, Toulouse, 1951.

الفصل الأول

مدى قدرة الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام

اختلف الفقهاء حول مدى صلاحية الإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام. لكن هذا الاختلاف لا يخفي حقيقة هامة وهي أن هناك تصرفات قانونية عديدة تتم بالإرادة منفردة وتترتب عليها آثار قانونية متنوعة غير إنشاء الالتزام. في ظل هذا الاختلاف اتخذت بعض التقنينات، ومنها التقنين المدني المصري، موقفاً وسطاً واعتبرت الإرادة المنفردة مصدراً خاصاً للالتزام. ولنر هذه النقاط بشيء من التفصيل.

أولاً: صلاحية الإرادة المنفردة في ترتيب آثار قانونية غير إنشاء الالتزام:

نود أن نؤكد منذ البداية حقيقة هامة بأن هناك تصرفات قانوية عديدة تتم بإرادة منفردة وتترتب عليها آثار قانونية متنوعة غير إنشاء الالتزام: فقد تكون سبباً لإنشاء حق عيني، كالوصية، كما قد تكون سبباً في إنهائه، كالنزول عن حق رهن أو حق إرتفاق. وقد تقوم الإرادة المنفردة بتأكيد وجود العقد، كإجازة العقد القابل للابطال، وقد تنهي العقد في حالات معينة، كعزل الوكيل، أو إنهاء العقد غير المحدد المدة بصفة عامة. كما أن الإرادة المنفردة قد تؤدي إلى نفاذ العقد في حق شخص معين، كالإقرار. وقد تقوم الإرادة المنفردة بتثبيت الحق الشخصي وتأكيده، كإبداء الرغبة من جانب المنتفع في الاستفادة من الاشتراط لمصلحة الغير، كما أنها قد تؤدي إلى انقضائه، كالإبراء[١].

---

(١) انظر السنهوري، الوسيط، ط ٢، جـ ١، المجلد الأول سنة ١٩٦٤، فقرة ٩٠٦، ص ١٤٤٥، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٤٦، ص ٦٧٦، سليمان مرقس الوافي في شرح القانون المدني (٢) في الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ١٩٨٧، فقرة ٣٥٦ ص ٦٨٤.

كما هو واضح فإن هذه التصرفات القانونية كلها تتم بإرادة منفردة وترتب آثار قانونية ولكنها لا تنشيء إلتزاماً. فما مدى صلاحية الإرادة المنفردة إذن في إنشاء الالتزام؟؟ هذا هو موضوع الفقرة التالية.

ثانيا: الخلاف حول صلاحية الإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام:

المشكلة تنحصر إذن في التساؤل التالي، هل يمكن إعطاء الإرادة المنفردة، خارج نطاق الحالات السابقة، القدرة على إنشاء الالتزام في ذمة شخص بإرادته وحدها دون توقف على قبول من آخر؟ حول هذه المشكلة اختلف الفقهاء، هناك النظرية التقليدية التي ترى عدم قدرة الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام، ونظرية الالتزام بالإرادة المنفردة، ونظرية وسط، الإرادة المنفردة مصدر للالتزام في حالات خاصة. لنر ذلك بشيء من التفصيل.

١ ـ النظرية التقليدية: عدم قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام: يرى غالبية الفقهاء في فرنسا أن الإرادة المنفردة وحدها لا تنشيء التزاماً وإنما يلزم لنشوء الالتزام الإرادي توافق إردتين. وقد حاول أنصار هذه النظرية تقديم العديد من الأسانيد لتدعيمها ولكنها لم تكن في غالبيتها مقنعة[١]. وأهم هذه الأسانيد أن السماح للإرادة المنفردة بإنشاء الالتزام يقتضي بالضرورة السماح لها بالتحلل من الالتزام والعدول عنه وهذا يؤدي إلى نفي الالتزام في ذاته، حيث أن المدين يستطيع بمحض إرادته أن يتحلل من التزامه بمجرد الإعلان عن إرادة مخالفة.

وهذه الحجة ترتكز أساساً على مبدأ سلطان الإرادة، فكما أن للإرادة سلطاناً في الإنشاء، فإن لها نفس السلطان في الإنهاء. وبناء على ذلك فإن الالتزام الإرادي لا يمكن أن ينشأ إلا من عقد، حيث يمتنع على من يلتزم بإرادته عدوله عن التزامه متى قيدته بذلك إرادة أخرى غير إرادته، وأن الإرادة المنفردة عاجزة عن إنشائه ولا تعتبر مصدراً من مصادره[٢].

٢ ـ نظرية الالتزام بالإرادة المنفردة: هذه النظرية قال بها في النمسا الفقيه Siegel

---

(١) انظر في تفصيل ذلك B. Starck, op. cit, no. 1057 et S. p. 351 et S.

(٢) انظر في تقييم هذه الحجة B. Starck, op, cit. no. 1062, p. 351 et 352.

في أواخر القرن الماضي وأيدها بعض الفقهاء الفرنسيين[١]. ومضمون هذه النظرية يتلخص في أنه لا داعي للحجر على الإرادة المنفردة فيما يتعلق بإنشاء الالتزامات بل يجب التسليم لها بالقدرة على إنتاج هذا الأثر كما هي قادرة على إنتاج غيره من الآثار. كما أن هذه النظرية تسمح بتفسير بسيط للعديد من ضروب التعامل التي تضيق بها النظرية التقليدية بالرغم من مساس الحاجة إليها. فهذه النظرية تغني عن الالتجاء إلى الوسائل الفنية المعقدة والمصطنعة (كالمسؤولية التقصيرية في حالة العدول عن الإيجاب، أو نظرية ما قبل العقد)، وتقدم تفسير بسيط لالتزام مصدر الورقة التجارية والموقعين عليها في مواجهة الحامل لهذه الورقة، والاكتتاب في السندات[٢] والوعد بجائزة.

لكن يجب ملاحظة أن الفقه الفرنسي الحديث الذي يعتنق نظرية الالتزام بالإرادة المنفردة لا يؤسسها على مبدأ سلطان الإرادة كما فعل الفقهاء النمساويين في أواخر القرن التاسع عشر، وإنما يقولون بأن الإرادة المنفردة قادرة على إنشاء الالتزام في نطاق القانون الوضعي، بمعنى آخر عندما يقرر التشريع أو أي مصدر آخر من مصادر القانون هذه الفعالية للإرادة المنفردة. طبقاً لهذا المنظور فإنه يمكن السماح للإرادة المنفردة بإنشاء الالتزام مع القول بأن هذا الالتزام، الذي اضطلع به بصفة قانونية، لا يمكن التحلل منه بالإرادة المنفردة من جانب الشخص الذي التزم به[٣]. وذلك على أساس الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية حيث أن العدول عنه يسبب اضطراباً اقتصادياً واجتماعياً[٤]. وإخلالاً بالثقة المشروعة التي توكدت لدى الغير من إتجاه الإرادة إلى إنشاء الالتزام.

وأمام هذا الاختلاف الواضح لكل من النظريتين بصدد مدى قدرة الإرادة

(١) من هؤلاء الفقهاء:

SALEILLES, Théoriè générale de l'obligation, no. 138 et s.,

GENY, Méthodes d'interpretation et Sources en droit privé positif.

DEMOGUE, Traité des obligations, II, p. 51 ets, JOSSERAND, Cours de droit civil positif français, II, no. 395 et S., B. Starck, op. cit. no. 1072, ets p. 353 et S.

(٢) انظر B. Starck, op. cit., no. 1082, 1083, p. 356.

(٣) انظر B. Stark, op. cit. no. 1084, p. 356, 357.

(٤) انظر B. Starck, op. cit., no. 1062, p. 351 ets.

المنفردة على إنشاء الالتزام ظهرت نظرية وسط بين هاتين النظريتين وهذا هو موضوع الفقرة التالية.

٣ ـ نظرية الالتزام بالإرادة المنفردة في حالات خاصة: نتيجة الاختلاف الفقهي حول مدى قدرة الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام تردد المشرعون في مختلف الدول في الانضمام لأي من النظريتين السابقتين، فمن التقنينات ما نص على اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزامات، كالتقنين البولوني، والتونسي والمغربي والمشروع الفرنسي والإيطالي لتقنين الالتزامات والعقود والمشروع لتنقيح القانون المدني المصري، ومنها ما يعتنق النظرية التقليدية كالتقنين المدني الفرنسي. ومن التقنينات ما اختط لنفسه طريقاً وسطاً، وهو اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام في حالات خاصة ينص عليها القانون، من ذلك التقنين الألماني، وقانون الموجبات اللبناني، والتقنين المدني المصري ومعظم التقنينات العربية.

في مصر أورد المشروع التمهيدي للقانون المدني نصاً كان يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام كالعقد والفعل والضار والفعل النافع، ولذلك وضع نص المادة ٢٢٨ من هذا المشروع في فصل قائم بذاته في الباب الخاص بمصادر الالتزام يلي مباشرة الفصل الأول المخصص للعقد. وقد رأت لجنة المراجعة عند نظر هذا النص من المشروع أنه يتضمن مبدأ عاماً جديداً لا داعي له، فقررت حذفه «عدولاً عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة، واكتفاء بالحالات المنصوص عليها في القانون من أن الإرادة المنفردة تنشيء التزاماً»[1]. وقد اكتفى بالنص الخاص بالوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور وهو نص المادة ١٦٢ من التقنين المدني. في القانون اللبناني تنص المادة ١٤٨ موجبات وعقود صراحة على أن «المشيئة الواحدة وإن تكن معلنة بوضوح وبشكل رسمي، هي في الأساس عاجزة عن إنشاء علاقات الزامية ما دامت لم تقترن بمشية أخرى تتمثل بها مصالح مستقلة أو مخالفة» «غير أنه يجوز على وجه استثنائي وفي أحوال محصورة نص عليها القانون أن تتولد الموجبات من مشيئة الفريق الواحد كعرض التعاقد (انظر المادة ١٧٩) أو التعاقد لمصلحة الغير (مادة ٢٢٧) أو الفضول» ويقصد بعرض التعاقد في هذا النص الإيجاب وهو التطبيق الصحيح المذكور في النص.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢، هامش ص ٣٣٩.

ونتيجة لمسلك المشرع هذا ذهب بعض الفقهاء إلى أن الالتزامات التي تنشأ عن الإرادة المنفردة إنما هي التزامات تقوم بمقتضى نصوص خاصة، فأصبح نص القانون هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات، فهو الذي يعين أركانه ويبين أحكامه لذلك كان من الواجب حذف الفصل الخاص بالإرادة المنفردة وإدماجه في الفصل المعقود للقانون كمصدر مباشر للالتزام. وهذا ما فات لجنة المراجعة وما تلاها من الهيئات أن تفعله[1].

ومع ذلك نرى مع غالبية الفقهاء[2] أن الإرادة المنفردة في هذه الحالات الخاصة التي نص عليها القانون تعتبر هي المصدر المباشر للالتزامات الناشئة عنها وما القانون إلا المصدر غير المباشر لهذه الالتزامات. وذلك لأنه إذا لم توجد الإرادة، أو إذا لم تتجه إلى إحداث أثر قانوني، أو تخلف شرط من شروط التصرف القانوني بشأنها، لا يقوم الالتزام حتى ولو كان القانون ذاته قد نص على إنشاء الالتزام في هذه الحالة.

وبناء على ذلك يلزم لكي ينشأ الالتزام في هذه الحالات الخاصة المنصوص عليها في القانون أن تكون الإرادة المنفردة موجودة، وصادرة عن ذي أهلية، وخالية من العيوب ويتوافر لها المحل والسبب بشروطهما.

ثالثاً: حالات الالتزام بالإرادة المنفردة:

هناك حالات متفرقة ينص فيها القانون على نشوء الالتزام ويظهر فيها أن مصدر الالتزام هو الإرادة المنفردة.

١ ـ الإيجاب الملزم وقد نصت عليه المادة ٩٣ مدني مصري والمادة ١٧٩/ ٢ موجبات وعقود لبناني وقد وجدنا أن الأساس بقاء الموجب على إيجابه في حالات

(١) السنهوري الوسيط جـ١ فقرة ٩٠٨ ص ١٤٥٥ وفي نفس هذا المعنى سليمان مرقس المرجع السابق، فقرة ٣٥٩ ص ٦٩٣ هامش (١٨).

(٢) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ص ٣٨٥، محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام، جـ١، في مصادر الالتزام، ١٩٦٨، فقرة ١٨٩، ص ٢٠٨، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٣٧٦، ص ٤١٧، أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، فقرة ٤٠١، ص ٣٦٢ ـ ٣٦٣. توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، طبعة بيروت، فقرة ٢٥٨ مكرر ص ٣٤٩، جلال العدوي، المرجع السابق، ص ٢٦٥، مصطفى الجمال، فقرة ٣٢٨، ص ٣٦٦.

الإيجاب الملزم هو إرادته المنفردة وقد تقدم بيان ذلك.

٢ ـ المؤسسة الخاصة، شخص إعتباري ينشأ بالإرادة المنفردة هذه الإرادة هي إرادة المؤسس الذي يخصص بعض ماله للغرض المقصود بمقتضى سند رسمي أو وصية (م ٦٩ و ٧٠ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة) وينشأ عن هذه الإرادة المفردة التزام على عاتق المؤسس أو ورثته بأن ينقل إلى المؤسسة ملكية ما خصصه لها.

٣ ـ تطهير العقار المرهون رهناً رسمياً، حيث تنص المادة ١٠٦٦ مدني على أنه «يجب على الحائز أن يذكر في الإعلان أنه مستعد أن يوفي بالديون المقيدة إلى القدر الذي قوم به العقار». فالحائز الذي عرض قيمة العقار يلتزم بالبقاء على عرضه طوال المدة التي يجيز فيها المشرع للدائنين أن يقبلوا العرض خلالها أو يرفضوه، وهذه المدة حددتها المادة ١٠٦٧ مدني بثلاثين يوماً من آخر اعلان رسمي، ويضاف إليها مواعيد المسافة التي لا تزيد على ثلاثين يوماً أخرى، وأساس التزام الحائز بالبقاء على عرضه هو الإرادة المنفردة[١].

٤ ـ تنص المادة ١٦٢ من التقنين المدني، المصري، م ١٧٩ موجبات وعقود لبناني، وهي النص الوحيد في الفصل المخصص للإرادة المنفردة، على الوعد بجائزة الموجه للجمهور. وهذه الحالة لا تدع مجالات للتردد أو الخلاف حول اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام ولذلك سوف تكون محل للدراسة التفصيلية في الفصل التالي.

(١) انظر مؤلفنا في التأمينات السابق الإشارة إليه فقرة ١٠٤ ص ١٣٧.

الفصل الثاني
الوعد بجائزة الموجه للجمهور
(الوعد بمكافأة)

كثيراً ما نصادف إعلانات في الصحف أو غيرها من وسائل الأعلام تتضمن رصداً لجائزة لمن يعثر على شيء أو حيوان ضائع، أو لمن يدلي بمعلومات تؤدي إلى الكشف عن جريمة أو عن مجرم هارب، أو لمن يقوم باختراع معين في مجال معين، أو لمـن يفوز في مسابقة لتقديم بحث علمي أو تأليف كتاب أو مقالة ، أو وضع تصميم هندسي لمبنى معين، أو القيام برسم لوحة أو نحت تمثال يعبر عن موضوع معين.

في كل هذه الحالات نجد أن المعلن يلتزم بإرادته وحدها ودون حاجة إلى قبول من الطرف الآخر. ولذلك إذا قام شخص بالعمل المرصود من أجله الجائزة فإنه يستحق هذه الجائزة ويصبح المعلن ملزماً بها بالرغم من عدم وجود عقد بين الطرفين. هذا يكشف بطبيعة الحال أن مصدر التزام المعلن في هذه الحالات هو إرادته المنفردة.

وفي هذا الصدد نصت المادة ١٦٢ مدني على أنه «١ ـ من وجه للجمهور وعد بجائزة يعطيها عن عمل معيـن التـزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائـزة أو دون علم بها».

«٢ ـ وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد. وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول

للجمهور»[١].

وعلى ضوء هذا النص يجب أن نعرض، في مبحث أول، لشروط الوعد بجائزة، وفي مبحث ثان نعرض لآثار هذا الوعد.

المبحث الأول: شروط الوعد بجائزة

الوعد بجائزة يعتبر تصرفاً قانونياً لأنه يتمثل في إرادة تتجه إلى الزام صاحبها. ولذلك يعتبر جوهر الوعد بالجائزة، الإرادة وما يقتضيه ذلك من توافر شروط وجود الإرادة وصحتها طبقاً للقواعد العامة. لكن علاوة على ذلك توجد شروط خاصة بالوعد بجائزة متعلقة بكيفية التعبير عنها وأيضاً بضرورة تضمن هذا الوعد جائزة معينة. وأن تكون هذه الجائزة لمن يقوم بعمل معين، ولنر كل ذلك بشيء من التفصيل.

الشرط الأول: أن تصدر من الواعد إرادة محددة وباتة. فالأمر هنا متعلق بإنشاء الالتزام بالجائزة لمن يقوم بالعمل المطلوب لذلك وجب أن تكون الإرادة الصادرة من الواعد إرادة باتة وجازمة.

كما يجب أن تتوافر الأهلية في الواعد. وهذه الأهلية تتحدد حسب طبيعة الوعد بالنسبة للواعد[٢] ويجب أن تكون إرادة الواعد سليمة وخالية من العيوب. وتطبق

---

(١) انظر أيضاً المادة ٦٦٣ من التقنين المدني السوري (مطابق) نص المادة ١٦٤ من التقنين الليبي (مطابق). ونص المادة ١٨٥ من التقنين العراقي (موافق) ونص المادة ١٧٩ من قانون الموجبات اللبناني (موافق) ونص المادة ٢٥٥ من التقنين الأردني (موافق) ونص المادة ٢٢٠، ٢٢١ من التقنين الكويتي (موافق).

(٢) بمعنى هل هو من الأعمال الضارة ضرراً محضاً أي أعمال التبرع، أم من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، أي المعاوضات، وهل هو في هذه الحالة من أعمال التصرف، أم أنه من أعمال الإدارة، فالوعد بجائزة ليس له طابع واحد في جميع الأحوال. فهو ليس تبرعاً دائماً ولا معاوضة دائماً. فهو معاوضة إذا كان النشاط الذي يبذله الغير تعود نتيجته بالفائدة على الواعد، سواء أكانت هذه الفائدة مادية أو أدبية مثل ذلك، أن يوجه شخص للجمهور وعداً بجائزة لمن يقترح أجمل اسم دعائي لفندق أو لمحل تجاري، أو لمن يعثر على أشياء مفقودة. وهو تبرع إذا كان النشاط الذي يبذله الغير تعود فائدته عليه وحده دون أن يترتب عليه كسب مالي مباشر للواعد كأن يوجه شخص إلى الجمهور وعداً بجائزة لأحسن مؤلف في=

القواعد الخاصة بعيوب الرضا على الوعد بجائزة فيما عدا شرط إتصال العيب بالمتعاقد الآخر[1] . كما يجب أن يتوافر في الجائزة الموعود بها الشروط اللازم توافرها في محل الالتزام التعاقدي من حيث التعيين والإمكان والمشروعية. ويجب أيضاً أن يتوافر في العمل الذي رصدت الجائزة من أجله، باعتباره سبب التزام الواعد، الشروط الواجب توافرها في السبب، خاصة من حيث الوجود[2]، أو من حيث المشروعية[3].

الشرط الثاني: أن توجه هذه الإرادة إلى الجمهور عن طريق علني، وعلى ذلك إذا وجه الوعد إلى شخص أو أشخاص معينين فإنه يكون إيجاباً يجب أن يقترن به القبول، وإلا فلن ينشأ الالتزام بالجائزة، وإذا تم القبول فإن الالتزام يكون مصدره العقد لا الإرادة المنفردة ولا تنطبق عليه أحكام الوعد بجائزة التي نصت عليها المادة ١٦٢ مدني. وتوجيه هذا الوعد إلى الجمهور يقتضي أن يتم بطريق علني، أي بأحد طرق النشر أو الإذاعة أو التوزيع العام وغيرها التي تتوافر فيها العلنية، لأن ذلك هو الوسيلة الوحيدة لتوجيه الوعد إلى جمهور أي إلى عدد كبير من أشخاص غير معينين[4]. وعلى ذلك فلا يتحقق الوعد بالجائزة إذا اقتصر الواعد على التعبير عن إرادته في إعطاء جائزة لمن يقوم من الجمهور بعمل معين في خطاب أرسله لآخر أو في حضرة عدد من الناس.

الشرط الثالث: أن يكون الوعد بجائزة لمن يقوم بعمل معين كالنجاح في مسابقة أو اختراع آلة، العثور على شيء مفقود، اكتشاف علاج لمرض مستعص.. إلخ.

= مادة معينة، أو لمن يكون محصوله أوفر، انظر اسماعيل غانم المرجع السابق، فقرة ٢١٠ ص ٣٩٧ هامش ٢.

(١) فلا يشترط لابطال الوعد أن يكون من قام بالعمل المطلوب عالماً أو كان في استطاعته أن يعلم بالاعتبار الذي وقع غلط الواعد فيه، أو بالتدليس أو الإكراه أو الاستغلال الصادر من الغير.

(٢) كالوعد بجائزة لمن سيوجد في مركز معين لا لمن يقوم بعمل معين حيث ينتفي السبب هنا طبقاً للقانون المصري.

(٣) كالوعد بجائزة لم يقتل شخصاً معيناً أو لمن يقوم بتهريب شيء ممنوع حيث يكون السبب هنا غير مشروع.

(٤) انظر في نفس هذا المعنى اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٢٠٩، ص ٣٩٧، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٣٦١، ص ٦٩٦، ٦٩٧.

وعلى ذلك إذا كان الوعد بالجائزة لمن يوجد في مركز معين دون أداء أي عمل، كالوعد لمن سيولد في يوم معين مثلاً، فلا تتحقق فيه أركان الوعد الملزم بالإرادة المنفردة طبقاً لنص المادة ١٦٢ مدني مصري.

لكن لا يشترط أن يتم العمل التي رصدت من أجله الجائزة بعد الوعد بالجائزة، بل تستحق الجائزة عن العمل الذي أعلنت عنه، سواء تم ذلك العمل قبل الإعلان عن الجائزة أو بعد إعلانها. فمن يعثر على شيء مفقود ويسلمه إلى رجال الشرطة، يستحق الجائزة التي يعلن عنها صاحب الشيء، سواء تم ذلك قبل الإعلان عن الجائزة أو بعده[١].

وليس هناك ما يمنع من أن يضع الواعد ما يشاء من شروط لاستحقاق الجائزة، فله أن يقصر الجائزة على عمل يتم في المستقبل أو على عمل يكون قد تم في الماضي[٢]. مثل ذلك الوعد بجائزة عن أفضل بحث علمي في موضوع معين، يشترط أن يتم النشر خلال مدة معينة بعد الإعلان عن الجائزة، أو على العكس يشترط أن يكون قد تم نشره خلال مدة معينة قبل الإعلان[٣].

الشرط الرابع: أن يتضمن الوعد جائزة معينة يلتزم بها الواعد. يستوي أن تكون هذه الجائزة مادية، كمبلغ من النقود أو نفقات رحلة معينة، أو شيئاً آخر له قيمة مالية كشهادات الاستثمار أو الأسهم أو السندات أو غير ذلك، أو أدبية، كوسام، أو شارة أو كأس أو شهادة تقدير أو غير ذلك من علامات التقدير[٤].

إذا توافرت هذه الشروط التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بالعمل ودون حاجة إلى اقتران قبول به، سواء اقترن الوعد بمدة أو لم يقترن بذلك لكن مع اختلاف في الحكم وهذا هو موضوع المبحث الثاني.

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٢٠٩، ص ٣٩٨، ٣٩٩.
(٢) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٢٠٩، ص ٣٩٩.
(٣) مثال ذلك جوائز الدولة التشجيعية.
(٤) السنهوري، المرجع السابق، جـ ١، فقرة ٩١٣ ص ١٤٦٧.

المبحث الثاني: آثار الوعد بجائزة

ولمعرفة حكم الوعد بجائزة وبصفة خاصة مدى إمكانية الواعد في الرجوع في وعده يجب التفرقة بين حالتين: الأولى، حالة ما إذا كان الواعد قد حدد مدة يجب إنجاز العمل المطلوب خلالها، والثانية، حالة ما إذا أصدر الوعد مطلقاً، أي بدون تحديد مدة.

أولاً: حالة تعيين مدة في الوعد لانجاز العمل المطلوب خلالها:

في هذه الحالة لا يجوز للواعد الرجوع عن وعده خلال هذه المدة، حتى وإن رجع فلا يعتد برجوعه، في مقابل ذلك إذا انتهت المدة دون أن يقوم أحد بالعمل المطلوب انقضى التزام الواعد. ويترتب على ذلك أن الواعد لا يكون مديناً بالجائزة لمن يتم العمل بعد انقضاء المدة المحددة، كما لا يكون مسؤولاً عن تعويضه عما أنفقه ولو كان قد بدأ في القيام بالعمل - الذي لم يكن قد أتمه عند انقضاء المدة - مدفوعاً برغبته في الحصول على الجائزة[1].

أما إذا تم العمل المطلوب خلال المدة المحددة، أو كان العمل قد تم قبل إعلان الوعد صار الالتزام مستحق الأداء لمن قام بهذا العمل وتصبح الجائزة من حقه وذلك يصبح من قام بهذا العمل دائناً للواعد بالجائزة، وذلك من وقت تمام العمل في الحالة الأولى ولو كان قد قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها، ومن وقت الأعلان عنها إذا كان العمل قد تم في الماضي.

وفي جميع الأحوال يستقل الواعد بتحديد شروط وعده، فليس هناك ما يمنع أن يشترط علاوة على إتمام العمل في المدة المحددة أن يتقدم به إليه قبل انقضائها، أو أن يمنح جائزة لأفضل عمل يقدم في مسابقة وبالتالي لا تستحق هذه الجائزة إلا عند إعلان الفائز وفقاً للطريقة التي حددها الواعد للفصل في المسابقة.

ثانيا: حالة عدم تعيين مدة في الوعد لإنجاز العمل المطلوب:

في هذه الحالة يلتزم الواعد كذلك بالوعد الصادر منه، لكن يجوز له الرجوع عنه بنفس طريقة العلانية التي تم بها الوعد وإلا تجرد الرجوع من كل أثر.

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٢١١، ص ٤٠٠.

والتزام الواعد في هذه الحالة ليس التزاماً أبدياً وإنما يتحدد الوعد بالمدة المعقولة التي يجدي فيها القيام بالعمل المطلوب، فإذا تم العمل خلالها، كانت الجائزة من حق من قام به، وإذا انقضت دون أن يتم أحد العمل المطلوب، فإن التزام الواعد ينقضي وذلك طبقاً للقواعد العامة السابق بيانها في الحالة السابقة. . وعند الخلاف على تقدير المدة المعقولة يفصل القاضي في ذلك. كل ذلك مشروط بعدم استعمال الواعد حقه في الرجوع.

أما إذا استعمل الواعد حقه في الرجوع فلتحديد مدى التزامه ينبغي علينا التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: إذا أتم شخص العمل قبل إعلان الواعد رجوعه عن وعده، كان له مطالبة الواعد بالجائزة ولا أثر للرجوع في هذا الفرض ويتعلق حق هذا الشخص بالجائزة ولو كان قد أتم العمل دون نظر إليها أو دون علم بها، أو حتى قبل الإعلان عنها. وأساس التزام الواعد في هذا الفرض هو إرادته المنفردة. لكن يجب على الشخص الذي أتم العمل رفع دعوى لمطالبته بالجائزة في خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان الرجوع للجمهور (١٦٢/ ٢ مدني مصري). وهذه مدة سقوط لا مدة تقادم، فلا يرد عليها الوقف أو الانقطاع.

الفرض الثاني: إذا لم يكن قد أتم العمل المطلوب قبل إعلان الرجوع فإن الواعد يتحلل من التزامه بالجائزة. لكن إذا كان هناك من بدأ في تنفيذ العمل المطلوب اعتماداً على الوعد ولم يكن قد أتمه عند إعلان الرجوع فإن الرأي السائد في الفقه في مصر يجيز له مطالبة الواعد بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا على أساس الوعد الذي سقط بالرجوع فيه.

وفي هذه الحالة يحكم له بتعويض عن الضرر الذي أصابه دون أن يجاوز هذا التعويض مقدار الجائزة. لكن يجب إثبات الخطأ طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، على أن يلاحظ أن الرجوع في ذاته لا يعتبر خطأ حيث أنه حق قرره القانون للواعد. ولذلك يجب إثبات تعسف الواعد في استعمال حقه في الرجوع طبقاً لأحد المعايير الثلاثة التي نصت عليها المادة الخامسة من التقنين المدني[١].

---

(١) انظر اسماعيل غانم، لمرجع السابق، فقرة ٢٢١، ص ٤٠٢.



الكتــاب الثانــي

المصـادر غيـر الإراديـة

العمل غير المشروع - الإثراء بلا سبب

تقديم

المصادر غير الإرادية أو الوقائع القانونية[1]:

سبق أن درسنا المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة. هذه المصادر الإرادية يجمعها قاسم مشترك واحد، هو أن الالتزام لا ينشأ عنها إلا إذا اتجهت الإرادة إلى ذلك. ولذلك فإنها تسمى بالتصرف القانوني تمييزاً لها عن الواقعة القانونية. وجوهر التصرفات القانونية، بصفة عامة، هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، على النحو السابق بيانه.

أما المصادر غير الإرادية فيجمعها قاسم مشترك واحد هي أنها وقائع مادية يترتب على حدوثها نشوء الالتزام على عاتق شخص من الأشخاص دون أن تتجه إرادته إلى ذلك، من ذلك العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب.

القانون كمصدر من مصادر الإلتزام:

أفرد القانون المدني المصري فصلاً خاصاً (م ١٩٨) وقانون الموجبات والعقود اللبناني (م ١٢٠) باباً خاصاً بالقانون كمصدر من مصادر الالتزام، ولم يتضمن هذا الفصل سوى نص واحد هو نص المادة ١٩٨ والتي تنص على أن «الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها». وفي القانون اللبناني لم يتضمن هذا الباب سوى نصين، ١١٩ التي تعدد مصادر الالتزام، والمادة ١٢٠ والتي تنص على أن «الموجبات القانونية هي التي تستمد مباشرة من القانون دون سواه كالموجبات الكائنة بين ملاك متجاورين أو كديون النفقة التي يوجبها القانون على بعض الأقرباء أو الأنسباء.

---

(١) انظر عبد الرازق أحمد السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس تقسيم الدكتوراة، مطبعة البرلمان ١٩٥٣ ـ ١٩٥٤ الوسيط، جـ ١ ١٩٦٤، دار النهضة العربية فقرة ٢١ ص ١٣١ وما بعدها، مصطفى الجمال، المرجع السابق، فقرة ٢١ ص ٢٣.

هذا المسلك يتضمن خلطاً بين فكرة المصدر المسبب أو المباشر وبين فكرة المصدر المرتب أو غير المباشر، ففي كل مصادر الالتزام نجد أن هناك مصدراً مسبباً أو مباشراً للحقوق والالتزامات، كالعقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والأثراء بلا سبب، لكن هذا لا ينفي مطلقاً أن القانون يعتبر مصدراً مرتباً وغير مباشر للحقوق والالتزامات في كل هذه الحالات. وإذا كانت نصوص القانون تتناول إنشاء الالتزامات في بعض الأحوال، فإن القانون ينشىء هذه الالتزامات استناداً إلى وقائع معينة، بحيث تكون هذه الوقائع دائماً وأبداً هي المصادر المسببة أو المباشرة للالتزامات ويكون القانون مصدراً مرتباً أو غيرمباشر لها. فالالتزام بالنفقة بين الأقارب ينشأ عن واقعة القرابة بين أطراف هذا الالتزام، والالتزامات بين الجيران تنشأ عن واقعة الجوار. في هذه الحالات تكون واقعة القرابة أو واقعة الجوار هي المصدر المسبب أو المباشر لالتزام، ويكون نص القانون المقرر له مجرد مصدر مرتب أو غير مباشر[١].

لكن مما تجدر ملاحظته أن موقف القانون من الوقائع المادية المختلفة والمنشئة للالتزامات ليس واحداً ففي بعض الأحيان يجعل القانون من هذه الوقائع المادية مصدراً عاماً للالتزم، بحيث يترتب الالتزام كلما وجدت الواقعة المنشئة له، كما هو الحال مثلاً في العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب. وفي أحيان أخرى يجعل القانون من الوقائع المادية مجرد مصادر خاصة للالتزام، بحيث لا يقوم الالتزام في حالة وجود الواقعة إلا في الأحوال الخاصة وبالشروط التي ينص عليها القانون، كما هو الحال في واقعة القرابة أو واقعة الجوار[٢].

في الأحوال التي تكون الواقعة مجرد مصدر خاص للالتزام، يبدو وكأن نص القانون المحدد لها هو المصدر المباشر للالتزام. وهذا هو ما أدى إلى الخلط بين المصادر المسببة للالتزام وبين مصدره المرتب، وبالتالي القول بأن القانون يعد مصدراً مباشراً للالتزام في تلك الأحوال[٣].

(١) مصطفى الجمال، مرجع سابق، فقرة ١٩ ص ٢٢.
(٢) مصطفى الجمال، مرجع سابق، فقرة ٢ ص ٢٢.
(٣) مصطفى الجمال، مرجع سابق، فقرة ٢ ص ٢٣.

الباب الأول

العمل غير المشروع

(المسئولية التقصيرية)

المسئولية والضبط الاجتماعي:

الإنسان ينشأ من اجتماع إنساني ويعيش في ظل اجتماع إنساني فالمجتمع هو المحيط الطبيعي الذي يعيش فيه الإنسان. وعلى ذلك فإن وجود المجتمع يستتبع حتماً وجود علاقات عديدة بين أفراده، علاقات عائلية أو اجتماعية، أو اقتصادية، أو سياسية. قيام هذه العلاقات يقتضي وجود ضوابط تحكمها حتى يتحقق للمجتمع استقراره. وبالتالي ارتقاؤه[1]. ويعتبر القانون من أهم هذه الضوابط لأنه السبيل إلى توفير الأمن والنظام في المجتمع.

ويتولى القانون تنظيم نشاط الأفراد في المجتمع وعلاقاتهم فيه عن طريق تقرير ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات. وعلى ذلك فإن الاعتداء على هذه الحقوق أو الإخلال بهذه الالتزامات يرتب مسئولية مرتكبة. فالمسئولية التزام يقع على الشخص بضمان تصرفاته، فهي شرط أساسي لحرية الأفراد. فالإنسان الحر هو الذي يدرك تبعات تصرفاته ويضمنها والشخص غير المسئول عنصر من عناصر الاضطراب في المجتمع.

من المسلم به أن القواعد القانونية ليست هي قواعد السلوك الاجتماعية الوحيدة

(١) انظر حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، ١٩٦٩، فقرة ٥ ص ١٦.

في المجتمع، وإنما يوجد بجانبها قواعد اجتماعية أخرى تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، كالقواعد الخلقية والدينية. فالقانون في سعيه إلى تحقيق النظام اللازم للحياة الاجتماعية لا يفرض إلا ما هو ضروري لهذا النظام، لأن إلزام الناس بحكم من الأحكام يوجب إعداد الوسائل اللازمة للرقابة على طاعته ومنع مخالفته، وهذا يضع على الجماعة أعباء ثقيلة لا معنى لتحميلها بها إن لم تدع إليها حاجة حفظ النظام في المجتمع. كما أن تدخل القانون في كل صغيرة وكبيرة في حياة الأفراد يثقل كاهلهم ويقلل من هيبته واحترامه.

وعلى ذلك نجد أن المسئولية تتنوع بتنوع القاعدة التي تم الإخلال بها، إلى مسئولة أدبية، ومسئولية سياسية، ومسئولية جنائية، ومسئولية إدارية، ومسئولية مدنية والمسئولية الأدبية جزاؤها الوحيد هو تأنيب الضمير أو استنكار الجماعة، والمسئولية الإدارية هي مسئولية الحكومة عن تنفيذ سياستها أمام البرلمان والمسئولية الإدارية هي المسئولية عن الأخطاء التي ترتكبها الإدارة، والمسئولية الجنائية هي المسئولية عن ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات أو غيره من القوانين، والمسئولية المدينة هي الالتزام بتعويض الضرر الذي يسببه الشخص للغير. ويهتم كل فرع من فروع القانون بدراسة المسئولية التي تخصه. لكن لتحديد نطاق المسئولية التقصيرية ينبغي علينا دراسة علاقة المسئولية الجنائية بها ومدى تأثيرها عليها، ثم تنحصر الدراسة داخل نطاق المسئولية المدنية ذاتها لنميز بين المسئولية التقصيرية من جهة والمسئولية العقدية من جهة أخرى.

أولاً: المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية:

إذا كان الغالب اجتماع كل من المسئولية الجنائية والمدينة إلا أن كل منهما يحتفظ بذاتيته ونطاقه الخاص. ومع ذلك فإن اجتماع المسئولية الجنائية مع المسئولية المدنية له انعكاسه في عدة مجالات. ولنرَ ذلك بشيء من التفصيل.

١ ـ مدى اجتماع المسئوليتين ونطاق كل منهما:

تختلف المسئولية الجنائية عن المسئولية المدنية باختلاف المصلحة المعتدى عليها. فإذا كان الفعل الضار قد أصاب الفرد قامت المسئولية المدنية لمن ارتكبه، أما إذا كان الفعل الضار قد أصاب المجتمع قامت مسئولية الفاعل الجنائية.

وإذا كان ارتكاب جريمة جنائية ترتب عليها في نفس الوقت ضرراً للغير قامت مسئولية مرتكبها الجنائية والمدنية، ومع ذلك تظل كل من المسئوليتين محتفظة بذاتيتها لما يوجد بينهما من فروق جوهرية نجملها فيما يلي:

١ ـ من حيث أساس كل من المسئوليتين، نجد أن أساس المسئولية المدنية يقوم على اعتداء على حق الغير، ويتمثل فيما يسمى بالخطأ المدني، والخطأ المدني لا يخضع لحصر أو لعد. أما المسئولية فأساسها اعتداء على المجتمع، أي أساسها جريمة من الجرائم، ولذلك تخضع لمبدأ الشرعية لا جريمة و لاعقوبة بدون Nulla poena sine lege، بمعنى أن الجرائم تكون واردة في القانون على سبيل الحصر. ولذلك تعتبر المسئولية المدنية أوسع نطاقاً من المسئولية الجنائية.

٢ ـ من حيث صاحب الحق في تحريك الدعوى، في المسئولية الجنائية النيابة العامة هي المنوط بها تحريك الدعوى الجنائية باعتبارها ممثلة للمجتمع، ولذلك لا تملك النيابة العامة الصلح أو التنازل في المسئولية الجنائية لأنها حق للمجتمع، في المسئولية المدنية، الشخص الذي أصابه الضرر هو صاحب الحق في تحريك هذه الدعوى، ولذلك يجوز له الصلح والتنازل عن حقه.

٣ ـ من حيث طبيعة الجزاء، في المسئولية الجنائية هو الردع لمرتكب الجريمة عن طريق توقيع عقوبة عليه، والعقوبة شخصية. في المسئولية المدنية الجزاء هو التعويض والذي يتمثل عادة في دفع مبلغ من النقود للمضرور لجبر ما أصابه من ضرر.

ويتضح مما تقدم أنه إذا كان الغالب هو اجتماع المسئوليتين الجنائية والمدنية مع احتفاظ كل منهما بذاتيتها ونطاقها، وذلك كما هو الشأن في جرائم الاعتداء على النفس أو المال، إلا أن هذا ليس دائماً وفي جميع الأحوال، فقد تقوم المسئولية الجنائية دون المسئولية المدنية، إذا لم يلحق الفعل ضرراً بأحد، كما هو الأمر بالنسبة لجرائم التشرد، وحمل السلاح، ومخالفات المرور، والاتفاق الجنائي، وبعض جرائم الشروع. وقد تقوم المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائية وذلك إذا ألحق الفعل ضرراً بالغير دون أن يشكل جريمة من الجرائم المعاقب عليها، كما هو الشأن في حوادث العمل، والمنافسة غير المشروعة والخطأ في مفاوضات العقد، وإبرام النائب

للعقد خارج حدود النيابة دون أن يقره الأصيل أو إبرامه رغم علمه بانقضاء النيابة وغير ذلك الكثير، حيث أن القاعدة كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض بينما في المسئولية الجنائية القاعدة أنه «لا جريمة ولا عقوبة بدون نص».

٢ ـ آثار اجتماع المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية:

في الأحوال التي تجتمع فيها المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية، وبالرغم من احتفاظ كل منها بذاتيتها، فإن المسئولية الجنائية وهي حق للمجتمع، لها تأثير على المسئولية المدنية وهي حق للفرد، في عدة مجالات نجملها فيما يلي:

١ ـ **من حيث التقادم**: تنص المادة ٢/١٧٢ مدني «على أنه إذا كانت هذه الدعوى (دعوى التعويض) ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية» يتمثل هذا التأثير في أن عدم تقادم الدعوى الجنائية يترتب عليه عدم تقادم الدعوى المدنية على حين أن العكس غير صحيح بمعنى أن عدم تقادم الدعوى المدنية لا يمنع من تقادم الدعوى الجنائية.

٢ ـ **من حيث الاختصاص**: تتجلى مظاهر هذا التأثير في ناحيتين: **الأولى**: تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجنائية حيث يجوز رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية (م ٨ أصول محاكات جزائية لبناني). وتنظر المحكمة الجنائية الدعويين معاً وتقضي في الدعوى الجنائية بالعقوبة وفي الدعوى المدنية بالتعويض. **الثانية**: وقف سير الدعوى المدنية إذا ما رفعت كل دعوى منها أمام المحكمة المختصة بها. فالجنائي يوقف المدني (م ٢٦٥ إجراءات جنائية مدني، م ٨ أصول محاكمات جزائية لبناني).

٣ ـ من حيث حجية الحكم الجنائي في الدعوى المدنية: أعطي قانون الإجراءات الجنائية المحاكم الجنائية سلطة واسعة في تحري الحقيقة ولذلك اعتبر ما تقرره المحاكم الجنائية من حقائق قضائية أقرب إلى الحقائق الواقعية مما تقرره المحاكم المدنية. لذلك جعل لحكم المحكمة الجنائية حجية لدى المحكمة المدنية. هذه الحجية قاصرة على الوقائع دون التكييف القانوني لهذه الوقائع.

فبالنسبة للوقائع فقد جعل المشرع لحكم المحكمة الجنائية حجية في الدعوى

المدنية بما أثبته من وقائع وكان إثباته ضرورياً للفصل في الدعوى العمومية (م ١٠٢ م من قانون الإثبات) ولم يجعل لحكم المحكمة المدنية أي حجية في الدعوى العمومية. وتطبيقاً لذلك إذا أدانت المحكمة الجنائية المتهم لوقوع الجريمة ونسبتها إليه، فلا يجوز للمحكمة المدنية مناقشة ذلك (م ٤٥٦ إجراءات جنائية) وتعين عليها أن تعتبر خطأه ثابتاً وأن تلزمه بتعويض ما ثبت وقوعه من ضرر لكن دونما تتقيد عند تقدير هذا التعويض بما اعتد به الحكم الجنائي من ظروف مخففة. لكن لا تكون للأحكام الصادرة من المحاكم المدنية قوة الشيء المحكوم بــه أمام المحاكم الجنائية فما يتعلق بوقوع الجريمة نسبتها إلى فاعلها (م ٤٥٧ إجراءات جنائية) لكن مما تجدر ملاحظته في هذا الصدد أن القاضي المدني غير مقيد بالتكييف القانوني للوقائع الثابتة من جانب القاضي الجنائي إذ يجوز للقاضي المدني تكييف الوقائع الثابتة تكييفاً مدنياً غير التكييف الجنائي[1].

أما إذا صدر الحكم الجنائي بالبراءة لعدم ثبوت خطأ المتهم أو عدم كفاية الأدلة عليه. فإنه ثار خلاف فيما إذا كان هذا الحكم حجة على المحكمة المدنية فيمتنع عليها إلزام المدعى عليه بالتعويض أم لا؟ وقد جاء نص المادة ٤٥٦ إجراءات جنائية قاطعاً في أن للحكم بالبراءة في الدعوى الجنائية قوة الشيء المحكوم به أمام المحاكم المدنية.. سواء بني على انتفاء التهمة أو على عدم كفاية الأدلة. ولا تكون له هذه القوة إذا كان مبنياً على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون». وعلى ذلك فلا يجوز للمحكمة المدنية أن تقضي في هذه الحالة بثبوت ارتكاب المتهم للفعل. أما إذا كان مبني الحكم بالبراءة أن الفعل الواقع من المتهم لا يعاقب عليه القانون، أي أنه لا يعتبر جريمة جنائية، أو لا يعتبر خطأً جنائياً، فإن ذلك لا يقيد المحكمة المدنية ولا يمنعها من أي ترى فيه ما يوجب الحكم بالتعويض. وكذلك الحال إذا سقطت الدعوى العمومية بموت المتهم أو إذا وجد مانع من موانع العقاب.

نخلص من ذلك أنه إذا كان الحكم الجنائي بالبراءة مبنياً على أسباب ترجع إلى التكييف القانوني فإن ذلك لم يمنع القاضي المدني من الحكم بالمسئولية المدنية.

وتسري هذه الأحكام في القانون اللبناني طبقاً للقواعد العامة[2].

---

(١) انظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، جـ ١، فقرة ٥٠٨ ص ٨٤٦.
(٢) في هذا المعنى، خليل جريج، المرجع السابق، جـ ١ ص ١٠٥.

ثانيا: المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية:

وهنا سنعرض للتمييز بينهما، ونطاق كل منهما، والجمع والخيرة بينهما.

١ ـ التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصرية ومداه:

المسئولية المدنية تستجيب لفكرة واحدة وهي الالتزام بتعويض الضرر المترتب على الإخلال بالتزام أصلي سابق. والالتزام الأصلي السابق يختلف باختلاف مصدره. فقد يكون مصدره العقد. وقد يكون مصدره القانون. ويسبب اختلاف مصدر الالتزام الأصلي السابق تتنوع المسئولية المدنية إلى مسئولية عقدية ومسئولية تقصيرية.

والمسئولية العقدية تقوم على الإخلال بالتزام عقدي. ولذلك يختلف نطاق المسئولية باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات. والمسئولية العقدية تفترض سلفاً قيام رابطة عقدية بين الدائن والمدين ولذلك فإن هذه المسئولية لا تقوم إلا بينهما، فكل من المدين والدائن يعرف كل منهما الآخر. فالبائع الذي يتعرض للمشتري في العين المبيعة تقوم مسئوليته العقدية لإخلاله بالتزامه العقدي بعدم التعرض.

أما المسئولية التقصيرية فإنها تقوم على الإخلال بالتزام مصدره القانون. وهذه المسئولية تفترض عدم وجود أي علاقة بين المدين والدائن، فالمدين كان أجنبياً عن الدائن قبل أن تتحقق هذه المسئولية، فلم تنشأ رابطة الالتزام بين المدين والدائن إلا بعد أن تحققت المسئولية. فالشخص الذي يتعرض لمالك عين معينة تقوم مسئوليته التقصيرية لإخلاله بالتزام قانوني وهو عدم التعرض للمالك في ملكه.

وعلى ذلك نجد أن المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية تقومان على مبدأ واحد، وهو الإخلال بالتزام أصلي سابق. غير أن اختلاف طبيعة الالتزام السابق كان له انعكاس على القواعد التفصيلية المنظمة لكل من المسئوليتين والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

١ ـ من حيث مدى تعويض الضرر، في المسئولية العقدية مصدر الالتزام بالتعويض هو الإخلال بالتزام عقدي. فالمسئولية العقدية تنشأ إذن عن عدم تنفيذ العقد. هذا العقد ينشأ من إرادة المتعاقدين، كما يتحدد نطاقه ومضمونه وفقاً لهذه

الإرادة. ومن ثم فإن إرادة الأطراف هي التي تحدد مدى التعويض عن الضرر، وبالتالي لم يدخل الأطراف في حسابهم سوى الضرر المتوقع عند إبرام العقد دون الضرر غير المتوقع إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم.

أما في المسئولية التقصيرية فإن مصدر الالتزام بالتعويض هو الإخلال بالتزام قانوني أي التزام القانون هو الذي أنشأه وحدد مداه، ولم تتدخل إرادة الطرفين في شيء من ذلك. لذلك فإن التعويض يمتد ليشمل كل الضرر، سواء توقعه الطرفان أو لم يتوقعاه وهذا هو الأصل في التعويض (م ٢٢١ مدني مصري، م ١٣٤ موجبات وعقود لبناني).

٢ ـ من حيث التضامن، في المسئولية العقدية يحدد الطرفان مضمون الرابطة العقدية التي يشكل الإخلال بها قيام هذه المسئولية وعلى ذلك إذا تعدد المسئولون مسئولية عقدية فإن الأمر يبقى على أصله وهو انقسام الدين بينهم، لأنه لو أريد الخروج على هذا الأصل وفرض التضامن بينهم لاتجهت إرادة المتعاقدين إلى اشتراط ذلك صراحة (م ٢٧٦ مدني مصري، م ١/٢٤ موجبات وعقود لبناني). أما في المسئولية التقصيرية فإنه إذا اشترك أكثر من واحد في إحداث الضرر، كان كل منهم متسبباً فيه، ووجب عليه التعويض كاملاً، طبقاً لفكرة الالتزام التضاممي[1]. وهذا ما يجري عليه العمل في فرنسا. وفي مصر فرض عليهم القانون التضامن في التزامهم بتعويض الضرر (م ١٦٩ مدني مصري ١٣٧ موجبات وعقود لبناني).

٣ ـ من حيث جواز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية، في المسئولية العقدية يحدد الطرفان مضمون الرابطة العقدية التي يشكل الإخلال بها قيام هذه المسئولية. ولذلك يكون لهما أن يتراضيا أيضاً على الإهفاء من المسئولية التي تترتب على عدم تنفيذ التزام عقدي ناشيء عن هذه الرابطة إلا ما ينشأ بطبعية الحال عن غش المدين أو خطئه الجسيم (م ٢/٢١٧ مدني ١٣٩٢ موجبات وعقود لبناني) أما في المسئولية التقصيرية فإنها تنشأ عن إخلال المدين بالتزام فرضه القانون، وبالتالي لا دخل فيه لإرادة الطرفين. لذلك فإن الإعفاء من المسئولية المترتبة على الإخلال بهذا الالتزام يجب أن يقرره أيضاً القانون ذاته، وقد نصت المادة ٣/٢١٧ مدني مصري على أنه يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشرع بينما يجوز ذلك في القانون اللبناني (م ١٣٩ موجبات وعقود لبناني).

---

(١) انظر نبيل سعد، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن، منشأة المعارف، ١٩٨٥.

٤ ـ من حيث التقادم، في المسئولية العقدية قد حدد الأطراف مضمون الرابطة العقدية التي يشكل الإخلال بها قيام هذه المسئولية عن وعي وإرادة ولذلك كان من الطبيعي أن المسئولية العقدية لا تتقادم إلا بمضي مدة طويلة هي خمس عشرة سنة (م ٣٧٤ مدني) أما في المسئولية التقصيرية فالالتزام الذي يترتب على الإخلال به قيام هذه المسئولية قد فرضه القانون على المدين دون أن يرتضيه، ولذلك التقادم لدعوى المسئولية التقصيرية مدته ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه على ألا يجاوز ذلك ١٥ سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع (م ١/١٧٢ مدني) أما القانون اللبناني فلا يفرق من هذا الشأن بين المسئوليتين.

٢ ـ تحديد نطاق المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية:

تحديد نطاق المسئولية التقصيرية يقتضي بالتبعية تحديد نطاق المسئولية العقدية. فعند عدم توافر شروط المسئولية العقدية ندخل في نطاق المسئولية التقصيرية ومن هنا تبدأ في البحث عن توافر شروطها.

فالمسئولية التقصيرية تنشىء بذاتها علاقة بين شخصين لم توجد بينهما أصلاً رابطة من قبل، فالدائن المضرور قبل تحقق المسئولية كان أجنبياً عن المدين المسئول، لا يرتبط معه بأي عقد، أما إذا كان بينهما سلفاً عقد أخل المدين بأحد الالتزامات الناشئة عن العقد إخلالاً سبب للدائن ضرراً قامت مسئوليته العقدية.

وعلى ذلك نستطيع أن نحدد نطاق المسئولية العقدية. إذا توافر لدينا شرطان:

١ ـ وجود عقد صحيح بين طرفين، وعلى ذلك فإن عدم وجود عقد أصلاً لا تكون هناك مسئولية عقدية، مثل ذلك رفض الخاطب الزواج من مخطوبته لأن العلة من تقرير الخطبة تأبى اعتبار الخطبة عقداً ملزماً، وكذلك إذا وعد شخص آخر بنزهة أو وليمة ثم أخلف وعده، فلا مسئولية عقدية حيث لا يعتبر هذا الوعد عقداً لأنه لم يقصد به ترتيب آثار قانونية عليه لأنه من قبيل المجاملات. لكن هذا لا يمنع من قيام المسئولية التقصرية في هذه الحالات إذا ارتكب الخاطب أو الواعد خطأ سبب للطرف الآخر ضرراً.

ويجب أن يكون هذا العقد صحيحاً، فإن كان العقد القائم بين الدائن والمدين

باطلاً أو قابلاً للإبطال فلا مسئولية عقدية، من ذلك ما نصت عليه المادة ١١٩ مدني بأنه «يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته». ففي هذه الحالة بعد أن يبطل ناقص الأهلية العقد، يكون مسئولاً مسئولية تقصيرية عن استعماله للطرق الاحتيالية التي قادت إلى إبرام العقد.

كما أن المسئولية العقدية لا تقوم إلا بين الدائن والمدين اللذين يربطهما العقد. فمثلاً إذا كان التدليس أو الإكراه صادراً من شخص أجنبي عن الطرفين وكان المتعاقد المدعى عليه لا يعلم ولم يكن في استطاعته أن يعلم بهذا الإكراه أو التدليس فإنه ليس للمتعاقد الذي تعيبت إرادته إلا أن يرجع على هذا الأجنبي بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية حيث أنه ليس طرفاً في العقد.

٢ ـ أن يخل المدين بعد انعقاد العقد وقبل انحلاله بأحد الالتزامات الناشئة عن الرابطة العقدية. فالمسئولية العقدية لا تغطي الفترة السابقة على التعاقد، كما هو الشأن في قطع المفاوضات، أو في حالة رفض الموجب له التعاقد مع الموجب بالرغم من أنه هو الذي دعا إليه. كما أن المسئولية العقدية لا تغطي المرحلة اللاحقة لانقضاء العقد، كإفشاء مهندس أسراراً بعد إنهاء عقده. لكن يشترط لقيام المسئولية العقدية أن يكون هناك إخلال بالتزام ناشىء عن الرابطة العقدية، فإذا وقع من المتعاقد تعسف في استعمال حقه الناشىء عن العقد فإن مسئوليته تقصيرية لا عقدية: كما أنه يستوى أن يكون الالتزام العقدي الذي تم الإخلال به من الالتزامات الصريحة أو الضمنية، ويستوى أن يكون اشتمل عليه العقد مباشرة أو فرض بحكم القانون أو العرف أو العدالة، أو بحسب طبيعة الالتزام.

٣ ـ أن يؤدي هذا الإخلال إلى إلحاق ضرر بالمتعاقد الآخر.

ولا بدّ من اجتماع هذه الشروط الثلاثة لاعتبار المسئولية عقدية، وإلا فإنها لا تكون إلا تقصيرية.

٣ ـ مسألة الجمع والخيرة بين المسئوليتين:

بعد ما وقفنا على حدود التفرقة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية وحددنا نطاق كل من المسئوليتين لنا أن نتساءل عن إمكانية الجمع بين المسئوليتين أو

الخيرة بينهما. فمثلاً في عقد نقل الأشخاص إذا أصيب المسافر بخطأ الناقل، وكذلك في عقد نقل البضائع إذا سرق أمين النقل البضاعة فإنه تتوافر شروط كل من المسئوليتين. فهل للمضرور أن يجمع بين المسئوليتين؟ هل له أن يختار بين المسئوليتين».

ـ **بالنسبة لمسألة الجمع بين المسئولتين**، فالإجابة واضحة ومباشرة بأنه لا يجوز الجمع بين المسئوليتين بأي صورة من صور الجمع. فلا يجوز للدائن أن يطالب مثلاً بتعويضين، لأن العلة من تقرير المسئولية هي جبر الضرر فحسب، فلا يجوز إلزام المسئول إلا بتعويض واحد بقدر الضرر الذي تسبب فيه.

كما لا يجوز للدائن وإن طالب بتعويض واحد أن يأخذ في دعواه المدنية من أحكام كل من المسئوليتين ما هو أصلح له، وإلا ظهرت دعوى غير معروفة، لا هي بالعقدية ولا هي بالتقصيرية.

وأخيراً لا يجوز للدائن أن يجمع بين المسئوليتين على سبيل التعاقب، بمعنى أن يتمسك بأحدهما أولاً، فإذا فشل في دعواه كان له أن يسلك السبيل الآخر دون أن يتعرض للدفع بعدم جواز نظر دعواه الثانية لسبق الفصل فيها. وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء.

ـ بالنسبة لمسألة الخيرة بين المسئولتين:

وتتلخص المشكلة في السؤال الآتي: هل يستطيع الدائن أن يختار أصلح الدعويين له متى توافرت شروط كل من المسئوليتين؟.

في الإجابة على هذا السؤال اختلف الفقهاء. فمن الفقهاء من قال بجواز الخيرة بين المسئولتين على أساس أن توافر شروط كل منهما يسمح للدائن بالخيار بينهما وهذا ما يقتضيه العقل ومنطق القانون. لكن هذه الخيرة بين المسئولتين لا يخول له الجمع بينهما على سبيل التعاقب، بمعنى أنه إذا اختار أحد الدعويين فخسرها فلا يجوز له بعد ذلك الالتجاء إلى الأخرى.

ومن الفقهاء من يرى أن وجود دعوى المسئولية العقدية يحول دون الالتجاء إلى دعوى المسئولية التقصيرية على أساس أن الدائن لم يكن له أن يعرف المدين إلا عن طريق العقد الذي يربط بينهما. لذلك فإن كل علاقة تنشأ بينهما بسبب هذا العقد

وجب أن يحكمها العقد والعقد وحده وهذا ما استقر عليه الغالبية العظمى من الفقهاء واستقرت عليه أحكام القضاء في مصر.

وهناك رأي ثالث يقول بعدم الخيرة كقاعدة عامة، ثم يسلم بها استثناء في أحوال خاصة اختلفوا في تعيينها، فمنهم من يقصر ذلك على الأحوال التي يكون فيها الإخلال بالالتزام العقدي جريمة جنائية كخيانة الأمانة[1]. ومهم من يمد هذا الاستثناء إلى أحوال عدم الوفاء الراجع إلى غش المدين أو تدليسه، ومنهم من يمده إلى أحوال الخطأ الجسيم ومنهم من يجعله يشمل كل أحوال الخطأ المهني[2].

أما في القانون اللبناني:

فالمشرع قد أجاز الخيرة بين المسئوليتين في بعض الحالات، وسكت عنها في حالات أخرى. من الحالات الأولى، ما نص عليه من جواز الخيرة بين المسئوليتين في المسئولية عن الأشياء، وهي مسئولية حارس الحيوان (م ١٢٩ موجبات وعقود)، ومسئولية حارس الأشياء الجامدة فيما عدا البناء (م ١٣١ موجبات وعقود)، ومسئولية مالك البناء (م ١٣٣ موجبات وعقود) بينما سكت عن هذه المسألة فيما يتعلق بالمسئولية عن العمل الشخصي، والمسئولية عن عمل الغير. ومن ثم يكون الحل في هاتين الصورتين من المسئولية هو عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين.

ومع ذلك فإن الفقه منقسم في هذا الشأن. فهناك من يرى جواز الخيرة بين المسئوليتين في جميع الحالات[3] رغم عدم النص عليها في حالات معينة. بينما يرى فريق آخر وجوب إعمال النصوص في كل نطاقه. ففي الحالات التي لم يرد فيها نص يجيز الخيرة تعين أن تكون الدعوى هي دعوى المسئولية العقدية[4].

في القانون المقارن، نجد أن المحاكم البلجيكية يؤيدها بعض الفقهاء تأخذ بمبدأ الخيرة بين المسئوليتين. أما المحاكم الفرنسية، فقد ترددت في الأمر كثيراً ولكن

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ١، فقرة ٥١٥.
(٢) سليمان مرقس، الفعل الضار، فقرة ١٦.
(٣) خليل جريج، المرجع السابق، جـ ١ ص ١١٥، ١١٦.
(٤) إميل تيان، دروس في قانون الموجبات والعقود، سنة ١٩٦٤ ـ ١٩٦٥ على الآلة الناسخة ص ١٠٦، محمد لبيب شنب، موجز في المصادر غير الإرادية للالتزام في القانون اللبناني ١٩٦٩ ص ١٦، عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق، فقرة ٤٢٣ ص ٥٣٢.

الاتجاه الغالب فيها يميل إلى عدم الخيرة ويؤيد هذا الاتجاه أكثر الشراح الحديثين».

بالنسبة للفقه فإن هناك اتجاهاً فقهياً يعمل على التقريب بين كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصرية.

هذا الاتجاه الفقهي قد أثمر بالفعل بعض النتائج على مستوى التشريعات ففي البلاد التي عدل فيها قانون الالتزامات حديثاً مثل تشيكلوسلوفاكيا (السابقة) وبولونيا والسنغال تحقق توحيد النظام المطبق على المسئولية المدنية، سواء نشأت عن تنفيذ عقد أو عن جريمة.

ومن التشريعات من نظم المسئولية التقصيرية بنصوص تفصيلية ثم اقتصر بعد ذلك على تنظيم بعض مسائل المسئولية العقدية محيلاً فيما يتعلق بباقي المسائل إلى قواعد المسئولية التقصرية، من ذلك قانون الالتزامات اليوغسلافي الصادر سنة ١٩٧٨.

بل بالنسبة للتشريعات الأقدم نسبياً من ذلك فإن هذا الاتجاه كان له أثره. ففي سويسرا مثلاً نجد أن المادة ٣/٩٩ من تقنين الالتزامات الفيدرالي ينص على أن قواعد المسئولية التقصيرية تطبق بطريق القياس على آثار الخطأ العقدي بحيث لم يعد ـ على حد قول الفقهاء السويسريين ـ بين نوعي المسئولية المدنية سوى بعض الفروق النظرية أكثر منها عملية.

وقد تعزز هذا الاتجاه بظهور تنظيمات خاصة لبعض أنواع المسئولية، من أهمها المسئولية عن حوادث النقل الجوي والبحري والمسئولية الناشئة عن استخدام الطاقة النووية. ذلك في البلدان التي لم يعدل فيها قانون الالتزامات تعديلاً جوهرياً منذ وقت طويل. ولذلك يبدو عقيماً بل ضاراً محاولة إدخال هذه الحالات الخاصة بأي ثمن في إحدى طائفتين المسئولية العقدية أو التقصيرية لمجرد احترام تقسيم نظري مجرد.

وقد تمحض هذا التطور الفقهي التشريعي عن تجاهل عمدي للتقسيم التقليدي بهدف الوصول إلى إيجاد نطاق موحد للمسئولية المدنية يخضع له المضرور بصرف النظر عن ارتباطه أو عدم ارتباطه بعقد مع المسئول. ولذلك يرى البعض أنه من الضروري إفساح المجال لأنظمة من المسئولية مستقلة عن نظامي المسئولية العقدية والتقصيرية، وخاصة في المجال المهني حيث يتزايد تدخل المشرع يوماً بعد يوم

بهدف توفير الحماية للمستهلكين سواء في مجال الأموال ـ المنقولة أو العقارية، أو الخدمات وتوحيد النظم المطبقة على كل المضرورين بصرف النظر عن وجود رابطة عقدية تربطهم بالمهني المسئول أو عدم وجود مثل هذه الرابطة.

وفي مواجهة هذه التطورات المتلاحقة ينبغي المحافظة على قانون المسئولية المدنية موحداً ودون تجزئة مبالغ فيها وذلك باعتباره نوعاً من الشريعة العامة يتضمن كل من نظامي المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية مع حصر الفروق بينهما إلى الحد الأدنى الذي يقتضيه احترام العقد ودون خروج على هذه الشريعة العامة إلا بالقدر الذي تفرضه خصوصية الموقف أو النشاط الذي يؤدي إلى المسئولية.

فإذا ما كتب لهذه المحاولة النجاح فإننا سنصل إلى نتيجة حتمية ألا وهي انحسار أهمية المقابلة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصرية ليحل محل المقابلة بين قانون عام أو شريعة عامة للمسئولية المدنية وأنظمة خاصة لهذه المسئولية وهذا الاتجاه بدأ يتأكد وجوده بشكل متزايد بعد ما تزايدت التشريعات المتعلقة بحماية المستهلكين في جميع البلدان المتقدمة. وهذا التطور الحديث يذكرنا بما حدث عقب الثورة الصناعية وصدور التشريعات المتعلقة بحوادث العمل. ففي فرنسا مثلاً اعترف منذ صدور قانون ٩ إبريل ١٨٩٨ بأن مسئولية رب العمل عن حوادث العمل هي مسئولية قانونية لا عقدية ولا تقصيرية.

ثالثا: تطور المسئولية التقصيرية:

يتنازع تطور المسئولية التقصيرية فكرتين متضادتين:

الأولى: ترتكز على الضرر الذي حاق بالشخص وتقتضي تعويض المضرور عن هذا الضرر الذي أصابه بصرف النظر عما إذا كان المسئول قد ارتكب خطأ أو لم يرتكب. وفي مراحل التطور الأولى للمسئولية التقصيرية. كانت المسئولية المدنية تختلط بالمسئولية الجنائية، وكانت العقوبة تختلط بالتعويض.

الثانية: ترتكز على الخطأ بحيث أن من تسبب في الضرر لا يلتزم بالتعويض إلا إذا كان مخطئاً ـ وفي مراحل التطور اللاحقة للمسئولية التقصيرية بدأ التمييز الواضح بين الخطأ المدني والخطأ الجنائي، وبالتالي بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية، وبين التعويض والعقوبة.

ولنر كيف كان تاريخ المسئولية التقصيرية عبارة عن صراع بين هاتين الفكرتين السابقتين.

١ ـ في القانون الروماني: المسئولية الموضوعية والجنائية.

في القانون الروماني، شأنه في ذلك شأن التشريعات البدائية، كان الجزاء عن الضرر الذي يقع من شخص على آخر هو الثأر. ثم اقتصر حق المضرور بعد ذلك على الدية الاختيارية، ثم تطور الأمر وأصبحت الدية إجبارية. وبعد أن ظهرت السلطة المركزية وتدخلت الدولة في إقرار الأمن والنظام بدأت تظهر فكرة العقوبة.

في بادىء الأمر تم تحديد الأفعال التي تستوجب تدخل الدولة على سبيل الحصر وذلك دون أن تنظمها قاعدة عامة. ومن ذلك قانون أكيليا الذي حدد الجريمة التي نص عليها تحديداً ضيقاً. وبعد ذلك بدأ يتسع نطاق هذه الأعمال بالتدريج وتتحلل الجريمة من القيود المادية مما كان له أثره على مقدار الغرامة المنصوص عليها، لكن دون أن يصل الرومان إلى التعميم الكامل.

وبعد ذلك حاول الفقهاء الرومان سد النقص في هذا القانون من طرق أخرى، فاستعانوا في ذلك بدعوى الغش actio doli، كما ألحقت بعض الأعمال بالجرائم فأصبحت ترتب نفس المسئولية. ثم تعددت النصوص عندهم حتى صارت تشمل أغلب الأحوال التي يقع فيها ضرر مادي علاوة على الكثير من أحوال الضرر الأدبي. من خلال هذا التطور نستطيع أن نستخلص سمات المسئولية في هذا العصر والتي يمكن أن نجملها فيما يلي:

أولاً: إن القانون الروماني لم يقرر قاعدة عامة في المسئولية وإنما عرف حالات خاصة زاد تعدادها مع الزمن دون أن تنتظمها قاعدة عامة قط.

ثانياً: أن المسئولية الناشئة عن الفعل الضار كانت عند الرومان وظلت حتى آخر عهد القانون الروماني مسئولية جنائية.

ثالثاً: أن العقوبة التي توقع على هذه الأعمال كانت غرامة خاصة يتقاضها المجني عليه لا يقف تقديرها عند قدر الضرر بل يتجاوز ذلك لأن فكرة العقوبة الجنائية هي الفكرة الغالبة على فكرة التعويض المدني.

رابعاً: إن المسئولية كانت تقوم في الأصل والأساس على الضرر ولم يشترط في قيامها ارتكاب الجاني أي خطأ، ولم تظهر فكرة الخطأ عند الرومان إلا في أواخر عهد الجمهورية تحت تأثير الفلسفة اليونانية. ثم اشترطوا في تطبيق قانون أكيليا أن يكون مسلك الجاني الذي وقع منه التعدي خطأ واكتفوا في ذلك بأدنى خطأ يقع منه. هذا بخلاف دعوى الغش التي كان قوامها الخطأ والتدليس.

٢ ـ في القانون الفرنسي القديم: المسئولية الشخصية والمدنية:

إذا كانت إرهاصات تطور المسئولية قد بدأت في أخر مراحل التطور في القانون الروماني إلا أن القانون الفرنسي القديم في تطوراته المختلفة كان له الفضل في تمييز الخطأ الجنائي عن الخطأ المدني، وبالتالي تمييز المسئولية المدنية على المسئولية الجنائية وتمييز التعويض عن العقوبة. كما كان له الفضل أيضاً في التمييـز داخل المسئولية المدنية بين المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية. وتمحض هذا التطور عن النتائج الآتية:

أولاً: تقرر في القانون الفرنسي القديم، تحت تأثير القانون الكنسي، القاعدة العامة في المسئولية بحيث أصبح كل ضرر يوجب مساءلة من تسبب في وقوعه.

ثانياً: اتضحت الخطوط الفاصلة بين التعويض والعقوبة وبصفة خاصة بالنسبة للضرر الذي يقع على المال، غير أن الضرر الذي يقع على النفس أو الشرف بقي الجزاء عليه يحمل أثر فكرة العقوبة.

ثالثاً: أصبحت المسئولية التقصيرية تقوم على فكرة الخطأ. وتم التمييز بين الخطأ التقصيري والخطأ العقدي من ناحية وبين الخطأ التقصيري والخطأ الجنائي من ناحية أخرى.

٣ـ في التقنين المدني الفرنسي: استقرار فكرة المسئولية الشخصية والمدنية:

تبنى تقنين نابليون الخصائص الثلاثة للمسئولية التقصيرية وجعل من المسئولية التقصيرية قاعدة عامة وميزها عن المسئولية الجنائية وأقامها على أساس الخطأ فنص في المادة ١٣٨٢ على أن «كل عمل يوقع ضرراً بالغير يلزم منوقع هذا الضرر بخطئه أن يقوم بتعويضه».

في بعض الحالات أجاز قاون نابليون الخطأ المفترض ومقتضاه إعفاء المضرور من عبء إثبات الخطأ، كمسئولية والد الصغير، وفي حالات أخرى ذهب التقنين الفرنسي إلى جعل الشخص مسئولاً عن عمل غيره كما في حالة العمل غير المشروع الذي يرتكبه التابع إذ يكون المتبوع مسئولاً. كذلك أجاز تقنين نابليون الخطأ المفترض بالنسبة لبعض الأشياء وعلى الأخص بالنسبة للحيوانات التي تكون في حراسة الشخص. وتنص المادة ١/١٣٨٤ على «المسئولية عن فعل الأشياء التي تكون في حراسة الشخص».

هذا التنظيم كان ملائماً للظروف الاقتصادية وقتئذٍ ولكن بعد ذلك قد أثبتت التطورات اللاحقة عدم كفاية هذا التنظيم وهذا هو موضوع الفقرة التالية.

٤ - التطورات اللاحقة للتقنين المدني الفرنسي وبعث فكرة المسئولية الموضوعية:

لم يقف تطور المسئولية التقصيرية عند ما نص عليه قانون نابليون بل إن ما حدث نتيجة الثورة الصناعية وانتشار الآلات الميكانيكية في شتى المجالات قد أدى إلى كثرة الحوادث التي تصيب العمال في الوقت الذي كان يتعذر، في أغلب الأحوال، على العمال الحصول على تعويض هذا الضرر لعجزهم عن إثبات خطأ رب العمل. هذه النتيجة غير العادلة أدت إلى بروز ركن الضرر في المسئولية التقصيرية مرة أخرى إلى درجة أنه كاد يغطي على ركن الخطأ كما كان الأمر عليه في المراحل الأولى لتطور المسئولية التقصيرية.

ونتيجة لهذه التطورات حاول الفقه جاهداً أن يعالج هذا الأمر عن طريق الاحتيال على بعض نصوص التقنين المدني الفرنسي، بتشبيه الآلات بالبناء وبالتالي الاكتفاء بإثبات العامل عيباً فيها لتقوم مسئولية رب العمل عما تحدث الآلات المعيبة من الضرر. لكن تيسير الإثبات على هذا النحو لم يؤدِ إلى حل المشكلة بل أدى إلى تعقيدها لذلك لجأ الفقه إلى طريقة أخرى، بأن جعل رب العمل مسئولاً مسئولية عقدية عن سلامة العامل بموجب عقد العمل ذاته، ولم يساير القضاء الفقه في ذلك.

وقد اضطر الفقه بعد ذلك إلى مواجهة المشكلة بصورة مباشرة فنادى بأنه ليس من الضروري أن يكون الخطأ أساساً للمسئولية التقصيرية، ويجوز أن تقوم هذه

المسئولية لا على فكرة الخطأ بل على فكرة الضرر وتحمل التبعة. وقد استعان الفقه في سبيل ذلك، في مرحلة أولى، إلى تحوير النصوص وتفسيرها تفسيراً لم يكن ليخطر ببال المشرع الفرنسي. في مرحلة لاحقة اتجه الفقه إلى بناء نظرية كاملة تسمى بنظرية تحمل التبعات المستحدثة «أو بالنظرية الموضوعية» وذلك للمقابلة بينها وبين النظرية الشخصية التي تقوم على فكرة الخطأ.

طبقاً لهذه النظرية الجديدة فإن المسئولية المدنية تقوم على أساس الضرر الذي يستوجب التعويض لا الخطأ الذي يقتضي العقوبة وذلك حتى يتسنى حماية العمال من الأخطار التي يتعرضون لها نتيجة المخترعات الحديثة، خاصة وأن هذه المخترعات تشكل مصدر رزق كبير بالرغم من أنها مصدر خطر جسيم. كما أنه يسهل التأمين في شأن هذه الأخطار. وبذلك يستطيع صاحب العمل أن يتحمل عبء ما يصيب العمال من ضرر باعتباره من مخاطر المهنة وهو أقدر من العامل على مواجهة هذه المخاطر.

واعتناق أي من النظريتين يترتب عليه آثار جوهرية: ففي المسئولية الشخصية نجد أن أساسها الخطأ والمسئول فيها هو الحارس ويجوز دائماً دفعها إما لعدم استطاعة الدائن إثبات الخطأ في جانب بالمدين، وإذا كانت قائمة على خطأ مفروض يقبل إثبات العكس فإن المدين يستطيع دفعها بإثبات أنه لم يخطىء، وإذا كانت قائمة على خطأ مفروض لا يقبل إثبات العكس فإن المدين يستطيع دفعها بإثبات السبب الأجنبي. أما في المسئولية الموضوعية فإننا نجد أن أساسها الضرر وأن المسئول فيها المنتفع وأنه لا يجوز دفعها ما دام الضرر قد وقع من جراء النشاط ولو بغير خطأ المسئول.

وبالرغم من هذا الجهد الفقهي الضخم فإنه لم يكتب للنظرية الموضوعية السيادة، بل قد تحول عنها الفقه شيئاً فشيئاً، كما أن المشرع لم يتبن هذه النظرية إلا في نطاق محدود، في بعض نواحي النشاط وما يتولد عنها من تبعات، ودون أن يأخذ بها كقاعدة عامة. أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فإنه لم يسلم بالمسئولية الموضوعية، بل هو يشترط دائماً أن تقوم المسئولية على الخطى ومع ذلك اتجه القضاء إلى الأخذ بفكرة الخطأ المفروض في حالات كثيرة. كما استعان القضاء الفرنسي بالمسئولية العقدية في بعض الحالات وذلك عن طريق استخلاص التزام بضمان السلامة في بعض العقود. وبذلك يكون القضاء الفرنسي قد أدرك، بوسائله الخاصة، كثيراً من النتائج العملية

التي تسعى إليها النظرية الموضوعية دون اعتناق لهذه النظرية.

٥ ـ موقف التشريع المصري واللبناني:

لم يأخذ التقنين المدني القديم بنظرية المسئولية الموضوعية. بل أقام المسئولية على أساس خطأ واجب الإثبات فيما عدا حالات أقام المسئولية فيها على أساس الخطأ المفترض.

وكذلك لم يأخذ القانون المدني الجديد ولا قانون الموجبات والعقود اللبناني بنظرية تحمل التبعة واكتفى المشرع بالأخذ بها في حالات خاصة. إذا دعت إلى ذلك ضرورات اقتصادية ويقدر ما تدعو تلك الضرورات.

وقد أورد التقنين المدني المصري عدداً من النصوص (م ١٦٣ ـ ١٧٨ مدني) يتناسب مع أهمية المسئولية التقصيرية. وكذلك فعل تقنين الموجبات والعقود اللبناني حيث أورد عدداً من النصوص (م ١٢١ ـ ١٣٣ موجبات وعقود) يتناسب مع أهمية المسئولية التقصيرية ويتفق التقنين المدني المصري وتقنين الموجبات والعقود اللبناني من حيث الأساس الذي تقوم عليه المسئولية. فهما يقيمان المسئولية عن الأعمال الشخصية، وهي الأصل العام في المسئولية، على خطأ واجب الإثبات. ويقيمان المسئولية عن عمل الغير وعن الأشياء على خطأ مفروض.

خطة البحث:

ندرس المسئولية التقصيرية في فصلين متعاقبين:

الفصل الأول: شروط انعقاد المسئولية.

الفصل الثاني: أثر انعقاد المسئولية.

الفصل الأول
شروط انعقاد المسئولية

وفي هذا الفصل نعرض للواقعة المنشئة للمسئولية، ثم بعد ذلك ندرس الضرر، وأخيراً نبحث رابطة السببية.

الفرع الأول
واقعة منشئة للمسئولية

وهنا نعرض للأفعال الشخصية، ثم بعد ذلك لأفعال الغير، وأخيراً نعرض لفعل الشيء باعتبارهم وقائع منشئة للمسئولية.

المبحث الأول
الأفعـال الشخصيـة

أساس المسئولية الخطأ الثابت:

والمسئولية عن الأفعال الشخصية تمثل الأصل من ناحيتين، **أولاً**: أنه من البديهي أن يكون الشخص مسئولاً عن أفعاله الشخصية. **وثانياً**: لا يسأل الشخص عن هذه الأفعال إلا إذا ارتكب خطأ يوجب مسئوليته. وعلى الدائن إثبات هذا الخطأ في جانب المدين. فهذه المسئولية تقوم على خطأ واجب الإثبات وهذه هي القاعدة العامة في المسئولية التقصيرية.

تنص المادة ١٦٣ مدني مصري على أن «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض».

وتنص المادة ١/١٢٢ موجبات وعقود لبناني على أن «كل عمل من أحد الناس ينجم عن ضرر غير مشروع بمصلحة الغير يجبر فاعله إذا كان مميزاً على التعويض».

ولكي تقوم مسئولة الشخص فإنه يجب أن ينحرف على السلوك الواجب مع إدراكه لهذا الانحراف فيتوافر في جانبه الركن الأول من أركان المسئولية وهو الخطأ. ولنرَ أركان الخطأ في الفقرات التالية:

المطلب الأول
الانحـراف أو التعـدي

وهنا يجب أن نقف أولاً على أنواع الانحراف أو التعدي ومعياره ثم نعرض ثانياً للحالات التي لا يكون فيها الانحراف أو التعدي خطأ.

أولاً: أنواع الانحراف أو التعدي ومعياره:

وهنا نعرض على سبيل التعاقب لأنواع الانحراف ثم المعيار.

١ ـ **الانحراف العمدي والانحراف غير العمدي**: الانحراف أو التعدي قد يكون عمدياً وقد يكون غير عمدي.

ويكون الانحراف عمدياً إذا كان الشخص قد أراد الأعمال المادية المؤدية إلى إيقاع الأذى والضرر بالغير كما أنه أراد هذا الضرر الذي وقع. وبذلك يتجلى العمد في نية الإضرار بالغير. ولكن لا يكفي أن يتوافر لدى الشخص نية الإضرار بالغير حتى يكون سلوكه خاطئاً موجباً للمسئولية، وإنما يجب أن تكون هذه النية سيئة. فإذا لم تكن هذه النية سيئة فلا تعتبر نية الإضرار بالغير خطأ موجباً للمسئولية. إذا قد يريد الشخص أن يضر بالغير ومع ذلك لا يعتبر مخطئاً إذا لم يرتكب هذا الفعل الضار إلا ليدفع عن نفسه أو ماله خطر حال (حالة الدفاع الشرعي)، أو ليتفادى ضرراً أكبر (حالة الضرورة).

ويكون الانحراف غير عمدي إذا لم يكن عند الشخص نية الإضرار بالغير ولكن يقع منه إهمال أو تهور يؤدي إلى الإضرار بالغير.

٢ ـ معيار الانحراف أو التعدي:

كيف نقف على الانحراف عن السلوك الواجب؟ هل المرجع في ذلك الشخص المتعدي نفسه أم المرجع معيار مجرد نقيس عليه سلوك الشخص المتعدي لنعرف مدى هذا الانحراف؟ المعيار الأول يعرف بالمعيار الشخصي والمعيار الثاني يعرف بالمعيار الموضوعي؟.

بالنسبة للمعيار الشخصي يتوقف الأمر في معرفة ما إذا كان الفعل الضار الذي وقع من الشخص انحرافاً أم لا على شخص المتعدي نفسه. ننظر إلى ذات الشخص لنبحث هل ما وقع منه يعتبر بالنسبة إليه، انحرافاً في السلوك، فإذا كان ذلك الشخص على درجة عالية من اليقظة والحرص حاسبناه على أقل انحراف في سلوكه. ويحاسب من باب أولى إذا كان فعله يشكل انحرافاً يسيراً أو جسيماً. أما إذا كان ذلك الشخص خاملاً بليد الإحساس فإنه لا يحاسب على الانحراف إلا إذا كان ذلك الانحراف جسيماً وما دون ذلك فإنه لا يحاسب عليه حتى ولو اعتبر انحرافاً في نظر جمهور الناس. أما إذا كان ذلك الشخص في المستوى العادي من اليقظة فإنه يحاسب على الانحراف الجسيم واليسير دون الانحراف التافه.

هذا المعيار يبدو عادلاً بالنسبة للشخص الذي وقع منه الفعل إذ أنه لا يحاسب إلا على مقدار فطنته ويقظته لكنه غير عادل بالمرة بالنسبة لمن وقع به الضرر إذ لا يعوض الشخص المضرور طالما ثبت أن المعتدي كان دون المستوى العادي من اليقظة أو الفطنة أو في ذلك المستوى. كما أن هذا المعيار يقتضي في كل مرة تحليل شخص المعتدي ثم الخوض في خفايا نفسه للوقوف على مقدار فطنته ويقظته وهذا أمر لا يخفى على أحد صعوبته إذ لا يسهل دائماً الاهتداء إلى معرفة وجه الحقيقة واليقين فيه.

أما بالنسبة للمعيار الموضوعي أو المجرد: فإنه لا يتوقف عند الشخص المعتدي

ذاته للحكم فيما إذا كان ما وقع منه يعد انحرافاً أم لا بل ينظر إلى شخص مجرد لتحديد مدى الانحراف عن السلوك الواجب.

والشخص المجرد الذي يرجع إليه في قياس الانحراف والتعدي ليس هو الشخص الحريص جداً، وذلك حتى لا يقع غبن كبير على متوسطي البصر واليقظة لأنه يحملهم أكثر مما يطيقون، ولا هو الشخص المهمل، وذلك حتى لا تتعرض مصالح الناس للضرر، وإنما هو الشخص العادي.

والشخص العادي هو الذي يمثل جمهور الناس، أوساط الناس فلا هو شديد الفطنة واليقظة فيرتفع إلى الذروة، ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة فينزل إلى الحضيض. فالأحكام يجب أن تبنى على الغالب وهو مقدرة أوساط الناس لأنه لا يصح أن يطالب الناس جميعاً بأكثر مما يستطيعه أغلبيتهم وهذا ما تبعه المشرع المصري صراحة في التقنين المدني الحالي حيث نص على هذا المعيار في المواد ١٩٢، ٢١١، ٥٨٣/١، ٦٤١/١، ٧٠٤، ٧٢٠. الخ وكذلك فعلت أكثر التقنينات العربية[1].

والشخص العادي الذي يرجع إليه في قياس الانحراف والتعدي ليس شخصاً أي شخص كان بل هو شخص من نفس طائفة الشخص الذي وقع منه الفعل الضار، وفي نفس ظروفه الخارجية لا الداخلية.

وكما هو واضح إننا لم نقم وزناً للظروف الداخلية لمرتكب الفعل الضار، وهي الخاصة بشخصه والتي لا تظهر إلا بالبحث الذاتي، كضعف أعصابه أو بصره، أو اضطراب مزاجه أو نفسه، أو درجة تمييزه ومقدار ثقافته، ويرجع السبب في ذلك إلى أن أخذ هذه الظروف في الاعتبار يؤدي إلى الانصراف عن المعيار الموضوعي أو المجرد وإهدار المقارنة بمسلك الرجل العادي والتركيز على تقدير مسلك مرتكب الفعل الضار تقديراً ذاتياً لا ضابط فيه.

وتطبيقاً لذلك إذا ما ارتكب سائق سيارة فعلاً ضاراً بسيارته ونود أن نعرف هل هناك انحراف في سلوك هذا السائق عن السلوك الواجب؟ فإن الخطوة الأولى يجب أن

---

(١) انظر المادة ١١٣٧ مدني فرنسي التي نصت على معيار عناية رب الأسرة العاقل Bon père de famille وكذلك في المادة ١٧٢٨ مدني فرنسي في شأن التزامات المستأجر.

نبحث في طائفة السائقين عن السائق العادي ونقارن مسلك السائق الذي وقع منه الاعتداء بمسلك ذلك السائق العادي فإذا كان هناك تطابق بين المسلكين من حيث اليقظة والانتباه فإن السائق مرتكب الفعل الضار لا يعتبر مخطئاً أما إذا كان غير ذلك فإنه يعتبر مخطئاً.

الخطوة التالية هي ضرورة تقصي مسلك الرجل العادي في ظروف خارجية مماثلة لظروف مرتكب الفعل الضار. فإذا كان السائق ارتكب الفعل الضار وهو يسير ليلاً فإن القياس يكون على مسلك سائق عادي يقود السيارة ليلاً. فإذا كان مسلك السائق مرتكب الفعل الضار من حيث اليقظة والانتباه ليلاً مثل مسلك السائق العادي في مثل هذه الظروف فإنه لا يكون مخطئاً وإذا كان غير ذلك فإنه يعتبر مخطئاً.

ونأخذ ظرف المكان،كالقيادة داخل المدينة أو خارج المدينة، في طريق مزدحم أو غير مزدحم بالمارة، في طريق جاف أو طريق زلق بماء المطر. وكذلك ظرف الزمان من حيث اعتباره من الظروف الخارجية التي تؤخذ في الاعتبار عند تحديد مدى الانحراف عن السلوك الواجب للرجل العادي.

أما إذا كان الأمر يتعلق بظرف من الظروف الداخلية لمن وقع منه الفعل الضار، من حيث كونه عصبي المزاج، أو ضعيف البصر، أو بطيء التفكير فإنه لا يدخل في الاعتبار عند قياس الانحراف عن السلوك الواجب للرجل العادي. فالسائق العادي لا يكون عصبي المزاج، بل يكون هادىء الطبع، ولا يكون ضعيف البصر بل يكون سليم البصر، ولا يكون متردداً بل يكون حاضر الذهن.

مجمل القول أن تطبيق المعيار الموضوعي المجرد يقتضى أن نضع الشخص مرتكب الفعل الضار في الطائفة التي ينتمي إليها ثم نبحث في هذه الطائفة عن نموذج للشخص العادي ثم نقارن مسلك مرتكب الفعل الضار بمسلك ذلك الشخص العادي مجرداً من الظروف الداخلية الشخصية لمرتكب الفعل الضار دون الظروف الخارجية. وهذا المعيار ينطبق على الخطأ العمد والخطأ بإهمال دون تفرقة. كما أن هذا المعيار ينطبق سواء كان الخطأ إيجابياً أو سلبياً. كما يستوي في تطبيق هذا المعيار أن يكون الخطأ جسماً أو يسيراً.

ثانياً: الحالات التي لا يكون فيها الانحراف أو التعدي خطأ:

وقد ذكر القانون المدني هذه الحالات وهي ثلاث:

١ - حالة الدفاع الشرعي.

٢ - حالة الضرورة.

٣ - حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس.

١- حالة الدفاع الشرعي:

نصت المادة ١٦٦ مدني على أنه «من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسئول، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري وإلا أصبح ملزماً بتعوض تراعي فيه مقتضيات العدالة ولم يرد مثل هذا النص في تقنين الموجبات والعقود اللبناني، ولكن حكمه يسري في القانون اللبناني طبقاً للقواعد العامة. وقد نص قانون العقوبات اللبناني على الدفاع الشرعي كسبب من أسباب الإباحة (م ٢٢٨ عقوبات لبناني) مقتضى هذه المادة أن رد الاعتداء غير المشروع عمل مشروع لا تترتب عليه المسئولية، ويشترط لذلك عدة شروط.

أ - وجود خطر حال يتهدد الشخص في نفسه أو ماله أو نفس أو مال الغير. إذا كان وقوع الاعتداء فعلاً يبرر الدفاع، فإن لم يكن لدفعه أصلاً فعلى الأقل لوقفه ومنع المعتدي من التمادي فيه، فإن وجود خطر الاعتداء يخول أيضاً المدافع تدارك هذا الخطر قبل وقوعه. على ذلك فإن حق الدفاع لا ينشأ من وقت وقوع الاعتداء بحسب بل بمجرد تأهب المعتدي للاعتداء. ولا يلزم أن يكون الخطر الذي يتهدد الشخص حقيقياً في ذاته بل يكفي أن تصور ظروف الحال ذلك للمدافع طالما أن تصوره كان مبيناً على أسباب معقولة. لكن يلزم لنشوء الدفاع الشرعي أن يكون الخطر حالاً أي يكون وشيك الوقوع، إذا لم يبادر المهدد به إلى دفعه. وعلى ذلك لا ينشأ حق الدفاع الشرعي إذا كان الاعتداء المهدد به اعتداءً مستقبلاً لا ينتظر وقوعه إلا بعد فترة زمنية تسمح بالالتجاء إلى السلطات المختصة لتحول دون وقوع هذا الاعتداء. كما أنه لا محل للدفاع الشرعي إذا كان الاعتداء قد وقع بالفعل واستنفد آثاره أو انقطع خطر تكراره.

ويستوى أن يتهدد خطر الاعتداء الشخص نفسه أو غيره، ويستوى أن يتهدد النفس أو العرض أو الكرامة أو المال.

ب ـ يجب أن يكون الخطر الحال المراد دفعه عملاً غير مشروع. ويكون الخطر عملاً غير مشروع إذا لم يكن استعمالاً لحق أو أداء لواجب. فإذا كان استعمالاً لحق أو أداء الواجب كان الخطر مشروعاً ولا يجوز دفعه. فالشرطي الذي يلقي القبض على من يرتكب مخالفة القانون ليقتاده إلى القسم لا يعتبر اعتداء غير مشروع من جانبه ولا يبرر للمخالف مقاومته إذا لا يعتبر ذلك دفاعاً شرعياً. كذلك لا يعتبر معتدياً ولا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضده من يؤدب ولده أو زوجه.

جـ ـ يجب أن يكون دفع الاعتداء بالقدر الضروري: من مقتضيات الدفاع الشرعي ألا يكون في الإمكان دفع الخطر الحال أو وقف الاعتداء إلا بالالتجاء إلى القوة. لكن يجب إلا يحاوز المدافع القدر الضروري من القوة لدفع الاعتداد. ويعتبر تقدير القوة اللازمة لدفع الاعتداء أمر موضوعياً لا يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض طالما قام تقديره على أسباب سائغة. فإذا جاوز المدافع القدر الضروري، اعتبر مخطئاً وأصبح ملزماً بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة.

٢ ـ حالة الضرورة:

تنص المادة ١٦٨ من القانون المدني على أن «من سبب ضرراً للغير يتفادى ضرراً أكبر، محدقاً به أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً» ولم يرد مثل هذا النص في قانون الموجبات والعقود اللبناني، ولكن حكمه يسري طبقاً للقواعد العامة. وقد نص عليه قانون العقوبات اللبناني باعتبار أن حالة الضرورة سبب من أسباب الإباحة (م ٢٢٩ عقوبات اللبناني).

حالة الضرورة هي الحالة التي يجد الشخص نفسه فيها مضطراً ـ لدرء خطر جسيم محدق به أو بغيره على أن يلحق بشخص آخر ضرراً يجاوز الضرر الذي يتحاشاه. حالة الضرورة لا تعدم لدى من تواجهه الإرادة أو الاختيار إذ لا يزال له شيء من الاختيار بين أمرين بعد أن يوازن بينهما، تحمل الضرر الذي يتهدده أو ارتكاب فعل الضرورة تفادياً لذلك الضرر. وتختلف القوة القاهرة في ذلك عن حالة الضرورة، إذ أن القوة القاهرة لا تدع للشخص أي فرصة للاختيار أو الموازنة بين الأمرين وإنما

تضع الشخص أمام استحالة التصرف على النحو المطلوب.

وعلى ضوء ذلك يشترط لتحقق حالة الضرورة الشروط الآتية:

أ ـ أن يكون هناك خطر حال يهدد الشخص مرتكب فعل الضرورة أو غيره، سواء كان الخطر يهدد النفس أو المال. وفي هذا يختلف حكم القانون المدني عن حكم القانون الجنائي حيث أن الأخير قصر حالة الضرورة على الخطر الذي يهدد النفس فقط (م ٦١ عقوبات).

ب ـ أن يكون الخطر الحال مصدره أجنبي عن مرتكب فعل الضرورة وعمن وقع عليه فعل الضرورة «فإذا كان الخطر الحال مصدره من ارتكب فعل الضرورة فإن إلحاقه الضرر بالغير لكي يتفادى خطراً هو الذي جلبه على نفسه يجعله مسئولاً مسئولية كاملة». وإذا كان الخطر مصدره من وقع عليه فعل الضرورة كنا بصدد دفاع شرعي لا بصدد حالة ضرورة.

جـ ـ أن يكون الضرر المراد تفاديه أكبر من الضرر الناشىء عن فعل الضرورة أما إذا كان الضرر المراد تفاديه مساوياً للضرر الذي حدث من فعل الضرورة، أو دونه في الجسامة كان الشخص مسئولاً مسئولية كاملة.

ومثال حالة الضرورة أن شخصاً يتلف مالاً للغير ليطفي حريقاً شبت في داره وتكون قيمة المال الذي أتلف أقل من الخسارة التي تنجم عن استمرار الحريق في الدار. في هذه الحالة يكون الشخص مسئولاً ويلتزم بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً.

وفي هذا يختلف القانون المدني عن القانوني الجنائي حيث أن هذا الأخير لم يعول على التفاوت بين الضررين وإنما اهتم بأن لا يكون هناك سبيل لدرء الخطر الحال غير ارتكاب الفعل الضار، أي أن يكون الخطر ملجئاً لارتكاب هذا الفعل. ولذلك يشترط في حالة الضرورة في القانون الجنائي ألا يكون ثمة سبيل لدرء الخطر غير إحداث ضرر للغير لا يجاوز في أهميته الضرر الذي أريد تفاديه.

ويتضح من ذلك أن المسئولية المدينة عن أعمال الضرورة أوسع مدى من المسئولية الجنائية عنها. ففي نطاق القانون المدني إذا كان الضرر المراد تفاديه مساوياً للضرر الذي حدث من فعل الضرورة أو دونه في الجسامة كان الفاعل مخطئاً في إنزال

ضرر بالغير توقياً لضرر شخصي لا يجاوزه في الأهمية وتقوم مسئوليته كاملة طبقاً لنص المادة ١٦٣ مدني. أما إذا كان الضرر المراد تفاديه أكبر من الضرر الناشىء عن فعل الضرورة فإن الفاعل يبقى أيضاً مسئولاً مسئولية تقصيرية كل ما هنالك لا يحكم عليه إلا بتعويض مخفف وفقاً لصريح نص المادة ١٦٨ مدني.

مقارنة بين حالة الدفاع الشرعي وحالة الضرورة:

تتفق حالة الدفاع الشرعي وحالة الضرورة في علة تقرير كل منهما، وهي وجود خطر حال على النفس أو على المال أو على نفس الغير أو ماله.

ويختلفان فيما وراء ذلك، ففي حالة الدفاع الشرعي نجد أن الأذى الذي يحدثه المدافع بغيره يقع على شخص معتد لذلك فإنه فعل المدافع يعتبر مشروعاً. أما في حالة الضرورة فإن الضرر الذي يسببه للغير مرتكب فعل الضرورة يقـع على شخص بريء ولذلك بقيت مسئوليته وإن كانت مخففة. وقد ترتب على هذا الفارق الجوهري فارق آخر وهو اشتراط أن يكون الضرر المراد تفاديه أكبر من الضرر الناشىء عن فعل الضرورة بينما لا يشترط في الاعتداء الذي يبرر حق الدفاع الشرعي أي شيء من الجسامة.

ولذلك نجد أن الفعل المرتكب في حالة الضرورة يستتبع دائماً مسئولية فاعلة «مسئولية كاملة إذا وقع من الفاعل خطأ سواء كان هذا الخطأ قد تسبب في إيجاد الضرورة أو كانت الضرورة أجنبية عنه وكان خطؤه ناشئاً عن سوء تقدير أهمية كل من الضررين، أو مسئولية مخففة إذا توافرت شروط الضرورة. أما الفعل الذي يقع في استعمال الدفاع الشرعـي فـإن التزم فيه صاحبه حدود هذا الحق، كان لا خطأ فيه ولا مسئولية إطلاقاً. وإن جاوز فيه تلك الحدود كان خطأ واستوجب المسئولية وفقاً للقواعد العامة، وكان تخفيف هذه المسئولية فيه طبقاً لقواعد الخطأ المشترك».

٣ ـ حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس:

نصت المادة ١٦٧ من القانون المدني على أنه «لا يكون الموظف العمومي مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس، متى كانت طاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة، أو أثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى في

عمله جانب الحيطة». ولم يرد مثل هذا النص في قانون الموجبات والعقود اللبناني، ولكن حكمه طبقاً للقواعد العامة، وقد نص قانون العقوبات اللبناني عليه في اعتباره سبب من أسباب الإباحة (م ٢٢٦ عقوبات لبناني).

ويتضح من هذا النص أن إداء الواجب كاستعمال الحق ينتفي معه التعدي أو الانحراف، فإذا ترتب عليه ضرر للغير، لم يستتبع ذلك مسئولية فاعلة. وعلى ذلك إذا ترتب على إطاعة الموظف أمر الرئيس أو أمر القانون ضرر لا تقوم مسئولية ذلك الموظف إذا توافرت الشروط معينة.

وبالمثل تنص المادة ٦٣ عقوبات على أنه «لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميري في ا لأحوال الآتية:

أولاً: إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه طاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه.

ثانياً: إذا حسنت نيته وارتكب فعلاً تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه.

وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب ذلك الفعل إلا بعد التثبت والتحري وأنه كان يعتقد مشروعيته وإن اعتقاده كان مبيناً على أسباب معقولة».

فإطاعة أمر صادر من الرئيس يجعل التعدي عملاً مشروعاً إذا توافرت الشروط الآتية:

أ - أن يكون الذي أحدث ضرراً بالغير موظفاً عمومياً. وتتحدد صفة الموظف العمومي طبقاً لأحكام القانون الإداري. وعلى ذلك إذا كان ترتب على تنفيذ الوكيل لتعليمات موكله ضرراً للغير فإن الوكيل يسأل في هذه الحالة ولا ينطبق عليه حكم هذه المادة.

ب - أن يكون صدر له أمر بتنفيذ هذا العمل من رئيس طاعته واجبة عليه. ويجب كذلك أن يعتقد أن طاعة الأمر ذاته الذي صدر إليه من الرئيس واجبة. وعلى ذلك إذا كان الأمر الصادر إليه من رئيسه أمراً غير واجب الطاعة وقام بتنفيذه فإنه يكون مسئولاً ويعتبر عمله غير مشروع. مثال ذلك أن يصدر مأمور المركز أمراً لأحد الضباط بالقبض على شخص وحبسه دون أن يستصدر لذلك أمراً من النيابة العامة.

جـ ـ أن يثبت الموظف أنه كان يعتقد أن الأمر الصادر إليه أمر مشروع وأنه راعى في تنفيذه جانب الحيطة. وتظهر أهمية هذا الشرط عندما يكون الأمر الصادر إلى الموظف العام في الواقع أمر لا تجب طاعته وقام الموظف بتنفيذه وسبب ضرراً للغير في هذه الحالة يكون الموظف مخطئاً ومسئولاً عما سببه للغير من ضرر ما لم يثبت طبقاً للمادة ١٦٧ مدني، بأنه كان يعتقد أن ما نفذه من أمر الرئيس كان واجب الطاعة لدخوله في اختصاصه وفي حدود سلطته ولعدم مخالفته للقانون وأنه لم يتسرع في تكوين هذا الاعتقاد بل تثبت وتحري وبنى اعتقاده على أسباب معقولة في هذه الحالة تنتفي مسئوليته.

المطلب الثاني
الإدراك أو التمييــز

سبق أن رأينا أنه لكي تقوم مسئولية الشخص فإنه يجب أن ينحرف عن السلوك الواجب مع إدراكه لهذا الانحراف. وقد وقفنا على المقصود بالانحراف عن السلوك الواجب في المطلب السابق، والآن يجب أن نعرض لإدراك الشخص لهذا الانحراف.

ولذلك فقد نصت المادة ١/١٦٤ مدني على أن «يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز» (انظر م ١/١٢٢ موجبات عقود لبناني).

فطبقاً لهذا النص لا يكفي لاعتبار الشخص مخطئاً أن يحصل منه انحراف في سلوكه عن سلوك الرجل العادي بل لا بدّ فوق ذلك من أن يدرك هذا الانحراف حتى يكون من الممكن أن يلام ذلك الشخص على هذا الانحراف ـ وهذا الإدراك لا يتسنى إلا إذا كان ذلك الشخص مميزاً. ولم يتطلب المشرع سن الرشد لإمكان اعتبار الشخص مخطئاً خطئاً تقصيرياً بل اكتفى بمجرد التمييز. وعلى ذلك إذا لم يكن الشخص مميزاً فإنه لا يعد مخطئاً وبالتالي لا يسأل مسئولية تقصيرية.

ولدراسة الإدراك باعتباره الركن الثاني من أركان الخطأ يجب أن نعرض له لدى الشخص الطبيعي، ثم نبحث مدى توافره لدى الشخص المعنوي.

أولاً ـ الشخص الطبيعي:

وهنا نعرض لأسباب انعدام التمييز، ثم ندرس بعد ذلك لمدى مسئولية عديم التمييز.

١ ـ أسباب انعدام التمييز:

يرجع انعدام التمييز بصفة أصلية، في القانون المصري، إلى صغر السن. فإذا زال الصغر واكتمل التمييز، كان من الممكن أن يتعرض هذا التمييز للانعدام لأسباب عارضة طويلة الأمد كالأمراض العقلية أو لأسباب عارضة وقتية كالسكر وتعاطي المخدرات والتنويم المغناطيسي وغير ذلك.

أ ـ صغر السن:

يعتبر الصبي غير مميز إذا كان دون السابعة. فقد نصت المادة ٢/٤٥ مدني مصري على أن «كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز» فيستفاد من هذا النص بطريق مفهوم المخالفة أنه أنشأ قرينة قانونية على توافر التمييز ابتداء من سن السابعة ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس في القانون اللبناني لـم يـرد مثل هذا التحديد. وبذلك بكون للقاضي تقدير وجود التمييز أو عدم وجوده في كل حالة على حدة دون تقيد بسن محددة(١).

ويشترط لقيام المسئولية التقصيرية أن يكون الشخص مميزاً (م ١٦٤ مدني) وفي فرنسا لم ينص التقنين المدني على ذلك في باب المسئولية التقصيرية فكان ذلك سبباً في اختلاف الفقهاء على مسئولية الصغير غير المميز عن أفعاله الضارة. لكن الرأي الراجح فقهاً وقضاءً كان انعدام مسئوليته» وقد كان اتجاه الفقه والقضاء إلى التضييق في أحوال عدم المسئولية لانعدام التمييز.

وقد تدخل المشرع الفرنسي بعد ذلك وأضاف بالقانون الصادر في ٣ يوليو

---

(١) جورج سيوفي، المرجع السابق، جـ ١ فقرة ٨٧، أميل تيان، المرجع السابق ص ١٨ إسماعيل غانم، المحاضرات، ص ١٤٦، محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٣٢، قارن مع ذلك خليل جريج، المرجع السابق، جـ ٢ ص ١٥٠، حيث يرى أن تكون سن التمييز في القانون اللبناني السابعة.

١٩٦٨ إلى التقنين المدني الفرنسي نصاً جديداً في باب البلوغ والبالغين الذين يحميهم القانون لا في باب الجرائم وأشباه الجرائم، هو نص المادة ٤٨٩ ثانياً قرر فيه أن «كل من يتسبب في إحداث ضرر بالغير وهو في حالة اضطراب عقلي يكون ملزماً بتعويض هذا الضرر». وقد اختلف الفقهاء حول نطاق تطبيق هذا النص، فمنهم من قصر تطبيقه على البالغين الذين يحدثون ضرراً بالغير حال إصابتهم باضطراب عقلي، ومنهم وهذا هو الرأي الراجح من أطلق تطبيقه وجعله يسري على فاقدي التمييز بسبب صغر السن».

أما بالنسبة لذي الغفلة والسفيه ولو كانوا محجورين فيمكن مساءلتهم وكذلك الأعمى والأبكم والأصم والشخص الذي لديه عجز جسماني شديد وذلك لتوافر شرط التمييز في كل هؤلاء.

ب ـ الجنون:

والجنون عاهة تذهب العقل وتفقد الشخص التمييز. والجنون قد يكون مستمراً وقد يكون متقطعاً بحيث تنتاب الشخص فترات يفقد فيها التمييز تتخللها فترات إفاقة.

وبالنسبة لمسئولية المجنون فالأمر يتوقف على نوع الجنون هل مستمر أم أنه متقطع؟ فإذا كان الجنون متقطعاً فالعبرة بحالة الشخص وقت ارتكاب الفعل الضار، فإن كان في حالة إفاقة فحكمه حكم العاقل المميز وإلا فيأخذ حكم عديم التمييز.

أما بالنسبة للمعتوه فإذا كان العته كاملاً فإن الشخص يكون عديم التمييز ولا يجوز مساءلته. أما إذا كان المعتوه مميزاً فيجوز مساءلته حتى ولو كان محجوراً عليه وذلك لتوافر ركن الإدراك فيه.

وإذا كان انعدام المسئولية يرجع إلى انعدام التمييز بسبب عارض قابل للزوال، كالمنوم تنويماً مغنيطيسياً والمصاب بمرض النوم والمدمن على السكر أو المخدرات. الخ فإنه يشترط ألا يكون انعدام التمييز راجعاً إلى خطأ الشخص نفسه كأن يثبت علمه بسبب فقده للتمييز. فإذا ثبت أن من فقد التمييز لسكر أو لمخدر أنه كان يعلم أن السكر يفقده التمييز فإنه يكون مسئولاً.

٢ ـ مدى مسئولية عديم التمييز:

تنص المادة ٢/١٦٤ مدني على أنه «مع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعياً في ذلك مركز الخصوم». وتنص المادة ٣/١٢٢ موجبات وعقود لبناني على أنه وإذا صدرت الإضرار عن شخص غير مميز، ولم يستطع المتضرر أن يحصل على أن التعويض مما نيط به أمر المحافظة عن ذلك الشخص، فيحق للقاضي، مع مراعاة حالة الفريقين أن يحكم على فاعل الضرر بتعويض عادل».

هذا النص يقرر مسئولية عديم التميز في حالات معينة ـ هذه المسئولية تتسم بأنها استثنائية، احتياطية، جوازية ومخففة».

فهي مسئولية استثنائية لأنها مقررة خلافاً للأصل المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة ١٦٤ مدني ذاتها. كما أن هذه المسئولية لا تقوم على الخطأ وإنما فرضت على شخص عديم التمييـز الذي لا يمكن أن يقوم الخطأ في جانبه لانتفاء ركن الإدراك. وهذا استثناءاً على قاعدة أنه لا مسئولية بدون خطأ وأن عديم التمييز لا يسأل.

وهي مسئولية احتياطية لأنها لا يمكن الالتجاء إليها إلا إذا لم يوجد شخص مسئول عن عديم التمييز أو وجد وانتفت مسئوليته أو تعذر الحصول منه على تعويض لإعساره.

وهي مسئولية جوازية بمعنى أن أمرها متروك للقاضي، فله أن يحكم بها إذا كانت ظروف عديم التمييز المالية تسمح بذلك، وله أن لا يقضي بها إذا رأى خلاف ذلك.

وهي مسئولية مخففة، لا يستلزم قيامها الحكم على عديم التمييز بتعويض كامل، وإنما يقدر القاضي التعويض الذي يراه عادلاً، مراعياً في ذلك مركز الخصوم من الغنى والفقر، فإذا كان عديم التمييز ذا يسار كبير والمضرور ليس كذلك والضرر جسيماً، جاز للقاضي إلزام عديم التمييز بالتعويض الكامل الذي يجبر الضرر كله.

وهو يقضي ببعض التعويض إذا كان عديم التمييز ميسر العيش من غير وفر وكان المضرور في حاجة إلى التعويض. وقد لا يقضي القاضي بتعويض أصلاً إذا كان عديم التمييز فقيراً لا مال عنده وكان المضرور ذا يسار.

وفي فرنسا لم يرد أي قيد على مسئولية المجنون المدنية طبقاً لما قرره المشرع الفرنسي في المادة ٤٨٩/ ٢ المضافة إلى التقنين المدني بقانون ٣ يناير ١٩٦٨.

ثانيا: الشخص المعنوي:

المبدأ المستقر عليه فقهاء وقضاء هو جواز مساءلة الشخص المعنوي عن الأخطاء التي يرتكبها ممثلوه عند القيام بإدارة شئونه. فالمسئولية المدنية لا تستتبع سوى الالتزام بتعويض الضرر الذي أصاب المضرور وهو التزام مالي يمكن أن تتحمله ذمة الشخص المعنوي كما يمكن أن تتحمله ذمة الشخص الطبيعي فإذا فصل مدير شركة عاملاً في وقت غير لائق تكون الشركة مسئولة عن هذا الفصل. إذا دهس سائق القطار أحد المارة بإهماله فإن مصلحة السكك الحديدية تكون مسئولة عن إهمال السائق.

في الحالات التي تتوافر فيها في الشخص المعنوي شروط مسئولية المتبوع عن فعل تابعه فيسأل الشخص المعنوي وممثله بالتضامن عن دفع مبلغ التعويض - لكن ليس هناك ما يمنع من أن ينسب الفعل الضار بالغير إلى الشخص المعنوي ذاته كما لو أن شركة قامت بمنافسة تجارية غير شريفة فإنها تكون مسئولة عن عمل شخصي، وفي هذه الحالة يقتصر على ركن التعدي في الخطأ دون ركن التمييز.

المبحث الثاني
أفعال الغير

الأصل أن الشخص لا يسأل إلا عن خطئه فلا يسأل عن خطأ غيره (م ١٦٣ مدني).

لكن أورد المشرع استثنائين على هذا المبدأ نصت عليهما المادة ١٧٣، ١٧٤ مدني. وقد نصت المادة ١٢٥ موجبات وعقود لبناني على ذلك صراحة بقولها «أن المرء مسئول حتماً (أي بقوة القانون de plein droit) عن الأضرار التي يحدثها أشخاص آخرون هو مسئول عنهم وعددهم محدود ومحصور».

فتنص المادة ١٧٣ مدني على أن «كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع. ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز» (م ١٢٦ موجبات وعقود لبناني).

وتنص المادة ١/١٧٤ مدني على أن «يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها» (م ١٢٧ موجبات وعقود لبناني).

والقاسم المشترك بين هذه الحالات أن الغير هو الذي يرتكب العمل غير المشروع (أو الفعل الضار) ومع ذلك يسأل عن ذلك شخص آخر هو متولي الرقابة أو المتبوع. فالمضرور يرجع بالتعويض على شخص آخر غير مرتكب العمل غير المشروع (أو الفعل الضار).

في الواقع أن أصدق صورة للمسئولية عن عمل الغير هي مسئولية المتبوع عن أعمال التابع حيث أن المتبوع يسأل ولو لم يقع منه أي خطأ. أما مسئولية متولي الرقابة

فإنها تقوم على الإهمال في الرقابة. لكن هذا الإهمال في الرقابة ليس هو السبب الأخير في إحداث الضرر، فالسبب الأخير هو فعل من هو تحت الرقابة. غير أنه يبقى هذا الإهمال في الرقابة من بين الأسباب التي أسهمت في هذا الضرر بحيث لولا هذا الإهمال لما وقع هذا الضرر. ولذلك تكون مسئولية متولي الرقابة مسئولية شخصية كل ما هنالك أن المشرع أعفى المضرور من عبء إثبات الخطأ بافتراض وقوعه من متولي الرقابة وهذا الافتراض قابل لإثبات العكس.

وكما هو واضح فإن مسئولية الشخص عن عمل الغير لا تستبعد مسئولية هذا الغير. ولذلك يكون أمام المضرور مسئولان المسئول عن عمل الغير والغير الذي ارتكب الفعل غير المشروع أو الفعل الضار. ويترتب على ذلك أن يكون المسئول عن عمل الغير حق الرجوع على ذلك الغير. كما أن المسئولية عن عمل الغير قاصرة فقط على إصلاح الضرر عن طريق دفع مبلغ التعويض دون أن تمتد إلى المسئولية الجنائية التي يحكمها مبدأ شخصية العقوبة.

المطلب الأول
مسئولية متولي الرقابة عمن هم في رقابته

وهنا سنعرض لعناصر المسئولية ثم بعد ذلك نعرض لدفع المسئولية.

أولاً: عناصر المسئولية:

لكي تقوم مسئولية متولي الرقابة لا بدّ أن يتوافر عنصران:

(١) أن يتولى شخص الرقابة على شخص آخر.

(٢) أن يصدر عمل غير المشروع ممن هو تحت الرقابة.

١ـ تولي الرقابة:

ولنقف على هذا العنصر يجب أن نعرض لمن عليه واجب الرقابة، ثم نعرض لمن يكون في حاجة إلى الرقابة.

(أ) من عليه واجب الرقابة:

يشترط لقيام هذه المسئولية أن يكون هناك التزام على شخص يتولى الرقابة على شخص آخر. وعلى ذلك فإن القانون لم يحصر الأشخاص الذين يقع عليهم واجب الرقابة وإنما اكتفى بذكر المصادر التي ينشأ عنها التزام بالرقابة فنصت المادة ١٧٣/ ١ مدني على أن «كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة».

وعلى ذلك فإن الالتزام بالرقابة قد يكون مصدره القانون، كالأب يتولى رقابة ابنه، أو الاتفاق، كمدير لمستشفى خاص للأمراض العقلية يتولى الرقابة على مرضاه، وبناءً على ذلك فإن مجرد الرقابة الفعلية لا تكفي لقيام هذه المسئولية.

(ب) من يكون في حاجة إلى الرقابة.

لم يحدد القانون الأشخاص الذين يكونون في حاجة إلى رقابة واكتفى بالنص على أن الحاجة إلى الرقابة مرجعها أما حالة القصر أو حالة العقلية أو الجسمية. وعلى ذلك فإنه لا يكون هناك حاجة إلى الرقابة إذا لم يقم سبب من هذه الأسباب، وبالتالي لا تقوم المسئولية إذا قامت الرقابة لسبب آخر غير هذه الأسباب ـ فالمسجون ليس في حاجة إلى رقابة السجان وبالتالي ليس على السجان التزام الرقابة.

وعلى ضوء هذا النص يمكن أن نعرض باختصار لأسباب الحاجة إلى الرقابة:

(أولاً) القاصر: وقد ذكر نص المادة ١٧٣/ ١ من بين أسباب الحاجة إلى الرقابة القصر، ثم خصص الفقرة الثانية من المادة ١٧٣ لتبين متى يكون القاصر في حاجة إلى الرقابة، ولمن تكون هذه الرقابة فنصت على أن «يعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشر سنة، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته، وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة ما دام تحت إشراف المعلم أو المشرف وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج».

وعلى ضوء هذا النص نعرض لمراحل الرقابة على القاصر، ثم بعد ذلك نعرض لانتقال الرقابة على القاصر.

- **مراحل الرقابة على القاصر**: يجب أن نفرق فيما يتعلق بالرقابة على القاصر بين مرحلتين:

المرحلة الأولى: ما قبل بلوغ القاصر لسن الخامسة عشر سنة، في هذه المرحلة يعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إطلاقاً. ويتولى الأب عادة الرقابة على القاصر في هذه السن فإذا لم يوجد الأب تولي الرقابة القائم على تربية الولد، ويكون عادة ولي النفس من جد أو عم أو غيرهما. وقد تنتقل تربيته إلى الأم ولو بطريقة الاتفاق الضمني.

المرحلة الثانية: ما بعد بلوغ القاصر لسن الخامسة عشرة سنة، وفي هذه المرحلة لتحديد من يجب عليه الرقابة يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: أن يستقل الولد في معيشته ويكسب عيشه بنفسه، وسواء كان مساكناً لمتولي الرقابة أو غير مساكن، بالجملة يتحرر القاصر من قيود التربية والرقابة. في هذا الفرض لا يكون أحد مسئولاً عنه لانقضاء الالتزام بالرقابة.

الفرض الثاني: أن يبقى الولد بعد بلوغه هذه السن في كنف من يقوم على تربيته وسواء كان مساكناً له أو غير مساكن في هذا الفرض يبقى الالتزام بالرقابة قائماً حتى بلوغ القاصر سن الرشد أو إلى أن ينفصل في معيشة مستقلة فلا يعود يعيش في كنف أحد ويتحرر من قيود الرقابة أيهما أقرب. وبعد بلوغ القاصر سن الرشد متمتعاً بكامل قواه العقلية ينقضي الالتزام بالرقابة ولم يعد أحد يسأل عن عمله وإنما يسأل عن نفسه حتى ولو استمر في العيش في كنف غيره.

انتقال الرقابة:

ينص القانون على الرقابة على القاصر تنتقل إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف (م ١٧٣/ ٢ مدني) فالرقابة هنا موقوتة بالفترة التي يكون فيها القاصر في المدرسة أو عند رب الحرفة فإذا

انقضت هذه الفترة وعاد إلى القائمين على تربيته عادت الرقابة إلى هؤلاء وعلى ذلك فإن الولد ما دام في مرحلة التربية يكون دائماً تحت الرقابة، وتنتقل الرقابة عليه من شخص إلى آخر بحسب الأحوال».

وإذا كان القاصر بنتاً فإنها تخضع للقواعد السابقة كالابن سواء بسواء لكن قد يحدث أن تتزوج البنت قبل بلوغها سن الرشد، حيث أن أهلية الزوج بالنسبة لها ١٦ سنة، حينئذٍ تنتقل الرقابة عليها ممن كان قائماً على تربيتها إلى زوجها إذا كان بالغاً أو إلى من يتولى الرقابة عليه إذا كان قاصراً أو كان لديه أي سبب آخر من أسباب الرقابة.

(ثانيا) الحالة العقلية أو الجسمية:

قد يبلغ الشخص سن الرشد ومع ذلك يعرض له عارض ينتقص سن تمييزه أو يعدمه كالسفه والغفلة والعته والجنون وعندئذٍ يعود ذلك الشخص في حاجة إلى الرقابة ويتولى الرقابة من تجب عليه الرقابة قانوناً كولي النفس أو اتفاقاً كطبيب المستشفى.

كذلك قد يصاب الشخص البالغ سن الرشد بمرض كالشلل أو الصرع أو فقد البصر، فيجعله في حاجة إلى الرقابة. ويتولى الرقابة الشخص الذي يتولى الإشراف على شئونه الشخصية. وتكون هذه الرقابة بالاتفاق ويكون متولي الرقابة مسئولاً عن العمل غير المشروع الذي يصدر من ذلك الشخص.

تولي الرقابة في القانون اللبناني:

تنص المادة ١٢٦ موجبات وعقود لبناني على أن «الأصول والأوصياء مسئولون عن كل عمل غير مباح يأتيه الأولاد القاصرون المقيمون معهم والخاضعون لسلطانهم» «والمعلمون وأرباب الصناعات مسئولون عن الضرر الناجم من الأعمال غير المباحة التي يأتيها الطلبة أو المتدرجون الصناعيون في أثناء وجودهم تحت مراقبتهم على أن الحكومة هي التي تتحمل التبعـة بدلاً من أعضاء هيئة التعليم الرسمي» «والتبعية تلحق بالأشخاص المشار إليهم ما لم يثبتوا أنه لم يكن في وسعهم منع الفعل الذي نشأت عنه. وتبقى التبعة قائمة وإن كان فاعل الضرر غير مسئول لعدم إدراكه».

وكما هو واضح لم يعتمد المشرع اللبناني مبدأً عاماً من حيث جعل مناط المسئولية وجود التزام بالرقابة وحاجة شخص إلى هذه الرقابة كما فعل القانون

المصري، وإنما اعتمد على تحديد الأشخاص الذين يتولون هذه الرقابة فتقع عليهم المسئولية، وكذلك تحديد الأشخاص الذين يخضعون لهذه الرقابة كما فعل المشـرع الفرنسي.

ولنر ذلك بشيء من التفصيل:

ـ الأشخاص الذين يتولون الرقابة في القانون اللبناني:

حدد المشرع اللبناني هؤلاء الأشخاص على سبيل الحصر في المادة ١٢٦ موجبات وعقود بأنهم الأصول والأوصياء والمعلمون وأرباب الصناعات.

(أ) الأصول: هذا اللفظ ترجمة لكلمة parent الواردة في النص الفرنسي. وهذا اللفظ يشمل بمعناه الضيق الوالدين، ويشمل بمعناه الواسع جميع الأقارب سواء كانوا من الأصول أو الفروع أو الحواشي: ولذلك اختلف الفقه حول المقصود بالأصول[١]. ويذهب الفقه إلى الأخذ بلفظ الأصول بمعناه الاصطلاحي الكامل، بحيث يشمل الأصول وإن علوا، فيدخل فيه الأب والأم والأجداد والجدات، فمن يتكفل بالرقابة من هؤلاء تقع عليه ا لمسئولية[٢]. ويدخل في مفهوم الوالدين، الوالدين الشرعيين، والوالدين الطبيعيين، والوالدين بالتبني[٣]. غير أن هذين النوعين الأخيرين ينصرف حكمهما إلى الطوائف غير الإسلامية.

(٢) الأوصياء: يقصد بالوصي في هذا الصدد كل شخص ليس أصلاً للقاصر، يختاره الأب أو الجد أو تعينه المحكمة، لرعاية مصالح القاصر والإشراف على تربيته وتنشئته. حيث يكون مسئولاً إذا خضع القاصر لرقابته بإقامته معه.

(٣) المعلمون: هو كل من يسهم في العملية التعليمية، فو يشمل المدرس والمشرف وناظر المدرسة، ولكن لا يشمل الموظفين الإداريين، كالكتبة وأمناء المخازن والفراشين. ويستوي أن يعطي المعلم في بيته درساً خاصاً، أو يعطيه في مدرسة أو معهد. كما يستوي أن تكون المدارس أو المعاهد حكومية، أو خاصة.

---

(١) انظر في هذا جورج سيوفي، المرجع السابق، جـ ١ فقرة ٣٣٦، خليل جريج، المرجع السابق، جـ ١ ص ٢٢٥، ٢٢٦، محمد لبيب شنب المرجع السابق، ص ٥٢، ٥٣.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٥١٧ ص ٦٥١.

(٣) خليل جريج، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

ويستوي أن يكون التعليم مجانياً أو بمقابل.

وفي هذه الحالة إذا كان المعلم يعمل في مدارس أو معاهد حكوميـة، فإن الحكومة هي التي تكون مسئولة عن التعويض بدلاً منه وكذلك لا يجوز للمضرور أن يطالب بالتعويض من كان يتولى الرقابة وإنما يكون له أن يوجه هذه المطالبة إلى الحكومة ولا يجوز للحكومة بعد ذلك أن ترجع على متولى الرقابة.

وأثناء العملية التعليمية تنتقل الرقابة من الأصل أو الوصي إلى المعلم. فإذا انتهت الدراسة عادت الرقابة إلى الأصل أو الوصي.

(٤) **أرباب الصناعات**: ويقصد هنا برب الصناعة الحرفي artisan كما يقول النص الفرنسي. وهو الشخص الذي يزاول حرفة أو مهنة معينة ويستخدم لمساعدته فيها صبياناً يلقنهم ويعلمهم أصول الحرفة أوالمهنة، كالنجار والحداد. فهو عبارة عن المشرف في الحرفة أو معلم الحرفة، حيث يخضع لرقابته المتدرجون الصناعيون ما داموا تحت إشرافه. وفي هذا الأثناء تكون الرقابة قد انتقلت من الأصل الوصي إلى معلم الحرفة. فإذا انتهى يوم العمل عادت الرقابة إلى الأصل أو الوصي.

هؤلاء الطوائف الأربعة هم الأشخاص الذين لهم فقط أن يتولوا الرقابة. ويكون هؤلاء الأشخاص هم المسئولين على أساس الخطأ المفترض في جانبهم عن العمل غير المشروع الذي يصدر من القاصر الخاضع لرقابتهم. وعلى ذلك لا يعتبر متولي الرقابة مدير مستشفى الأمراض العقلية مثلاً، بل يكون مسئوليتهم عن الغير على أساس الخطأ الثابت في جانبهم وفقاً للقواعد العامة.

- يجب أن يكون الخاضع للرقابة قاصراً:

يجب لقيام مسئولية من يتولي الرقابة من الأشخاص السالف ذكرهم على أساس الخطأ المفترض أن يكون الشخص الخاضع للرقابة قاصراً.

والقاصر هو من لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره، سواء كان مميزاً أو غير مميز، وسواء كان طفلاً أو قارب سن الرشد، .

فيشترط القيام مسئولية متولي الرقابة أن يكون الخاضع لرقابته قاصراً. فإذا بلغ الخاضع للرقابة سن الرشد فلا تقوم المسئولية التي نحن بصددها، ولو كان هذا

الشخص ما زال في حاجة إلى الرعاية لسبب عاهة عقلية أو جسمية. فمناط هذا الحكم هي حالة القصر لا الحاجة إلى الرقابة. أما حكمة تقرير هذا الحكم في هذه الحالة هي الحاجة للرقابة، فتوافرها وحدها لا يكفي لانطباق هذا الحكم ولذلك يعتبر شرط القصر لازم في جميع الحالات بالرغم من أنه منصوص عليه فقط بصدد مسئولية الأصول والأوصياء.

ـ يجب أن يكون هذا القاصر مقيماً مع أصله أو وصيه:

فإذا كان من يتولي الرقابة على القاصر هو أحد أصوله أو وصية وجب لقيام مسئولية هؤلاء أن يكون القاصر مقيماً معه وقت صدور العمل غير المشروع منه، وذلك حتى يتوافر له الإشراف الفعلي عليه.

والمقصود بالإقامة في هذا الصدد، هي الإقامة المعتادة، أي التي يتوافر فيها معنى الثبات والاستقرار. ولذلك لا تنتفي الإقامة في حالة تغيب القاصر لفترات متقاربة أو متباعدة، فيسأل الأب عن فعل ابنه القاصر خارج محل إقامته، كأن يكون هذا الفعل قد صدر من القاصر في الطريق العام أو في أثناء رحلة قام بها بعيداً عن مسكنه[1]. فإذا لم يكن القاصر مقيماً بالمعنى السابق مع أصله أو وصيه فلا تتحقق المسئولية.

٢ ـ صدور عمل غير مشروع أو عمل ضار ممن هو تحت الرقابة:

لكي تتحقق مسئولية متولى الرقابة يجب أن تتحقق أولاً مسئولية الخاضع للرقابة سواء على أساس خطأ واجب الإثبات أو على أساس خطأ مفروض. وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان الخاضع للرقابة مميزاً أو غير مميز.

(أ) إذا كان الخاضع للرقابة مميز تقوم مسئولية متولي الرقابة إذا ارتكب الخاضع للرقابة عملاً غير مشروع. في هذا الفرض يجب أن تقوم المسئولية التقصيرية للخاضع للرقابة أولاً حتى تقوم مسئولية متولي الرقابة. وتقوم مسئولية الخاضع للرقابة لارتكابه عمل غير مشروع. في هذه الحالة يجب أن يثبت المضرور الخطأ في جانب الشخص الخاضع للرقابة طبقاً للقواعد العامة. لكن قد تتحقق مسئولية الخاضع

(١) انظر عبد المنعم فرج الصدة المرجع السابق، فقرة ٥١٩ ص ٦٥٤.

للرقابة عن طريق الخطأ المفروض. كما لو كان القاصر يقود سيارة فصدم أحد المارة عندئذٍ يكون القاصر مسئولاً على أساس الخطأ المفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس عن الشيء الذي في حراسته وهي السيارة وهنا نجد أن المسئول الأصلي هو الخاضع للرقابة لأنه مميز ثم بعد ذلك تقوم مسئولية متولي الرقابة بصفة تبعية. ويكون أمام المضرور مسئولان: مسئول أصلي وهو الخاضع للرقابة الذي وقع منه العمل غير المشروع، ومسئول تبعي هو متولي الرقابة. ويختار المضرور أيهما يشاء. لكن الغالب أن يرجع المضرور على متولي الرقابة إذ يكون هو المليء عادة ويكون لمتولي الرقابة في هذه الحالة أن يرجع بعد ذلك على الخاضع للرقابة للمطالبة بما دفعه من تعويض.

(ب) إذا كان الخاضع لرقابة غير مميز ويصدر منه عمل ضار بالغير فتقوم مسئولية متولي الرقابة كمسئولية أصلية. في هذا الفرض لا يمكن أن يوصف العمل الذي يصدر من الخاضع للرقابة بأنه عمل غير مشروع لأنه لا تثبت للعمل هذه الصفة إلا إذا توافر فيه الركنان المادي (التعدي أو الانحراف) والمعنوي وهو الإدراك أو التمييز والفرض أن الخاضع للرقابة غير مميز.

ولذلك نجد أن المادة ١٧٣/ ١ مدني في نهايتها تنص على أن «. . . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز» فاستعمل النص اصطلاح العمل الضار بدلاً من اصطلاح العمل غير المشروع للدلالة على اكتفاء المشرع في هذا الفرض بركن التعدي في فعل الخاضع للرقابة. وكذلك تنص المادة ١٢٦ موجبات وعقود لبناني على أن «وتبقى التبعة قائمة وإن كان فاعل الضرر غير مسئول لعدم إدركه».

وهنا نجد أنه لا يكون أمام المضرور سوى مسئول واحد وهو متولي الرقابة. ولا يرجع المضرور على الخاضع للرقابة غير المميز إلا إذا انتفت مسئولية متولي الرقابة لانتفاء الخطأ إو لانعدام صلة السببية وفي الحدود السابق بيانها. كما أنه ليس لمتولي الرقابة أن يرجع على الخاضع للرقابة بالتعويض الذي دفعه.

وكما هو واضح فإن مسئولية متولي الرقابة في هذا الفرض تعتبر مسئولية شخصية أي مسئولية أصلية أساسها الخطأ الشخصي المفترض.

ثانيا: دفع المسئولية:

ـ مسئولية متولي الرقابة تقوم على خطأ مفترض:

أساس مسئولية متولي الرقابة هو الخطأ المفترض في جانبه إذ يفترض القانون أن متولي الرقابة قد أهمل في رقابة الشخص الذي تجب عليه رقابته. فإذا ارتكب القاصر عملاً غير مشروع يفترض القانون أن الأب قد أهمل في رقابته وأن هذا الإهمال قد أدى إلى وقوع ذلك العمل غير المشروع أي أن القانون قد افترض الخطأ في جانب متولي الرقابة.

وافتراض الخطأ قرره القانون لصالح المضرور في مواجهة متولي الرقابة فقط ولذلك لا يجوز للمضرور أو متولي الرقابة الاحتجاج به قبل الخاضع للرقابة، بل يجب للرجوع عليه إثبات خطأ في جانبه، ما لم يقم في جانبه خطأ مفترض من نوع آخر.

ويكون لمتولي الرقابة أن يدفع هذه المسئولية أما بنفي الخطأ في جانبه، وإما بنفي علاقة السببية بين هذا الخطأ المفترض والضرر الذي لحق المضرور.

١ ـ دفع المسئولية بنفي الخطأ المفترض:

سبق أن رأينا أن مسئولية متولي الرقابة تقوم على قرينة الخطأ، إذ يفترض القانون أن متولي الرقابة قد أهمل في رقابة الشخص الذي تجب عليه رقابته هذا الافتراض ليس قاطعاً وإنما افتراض بسيط يقبل إثبات العكس. يستطيع متولي الرقابة إذن أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية وأنه اتخذ الاحتياطيات المعقولة ليحول دون إضرار الخاضع للرقابة بالغير. وإن كان مكلفاً بترتبة الخاضع للرقابة يثبت أنه لم يقصر في واجب التربية وحسن التهذيب[1] وفي هذا تنص المادة ١٧٣ مدني مصري على أن «يستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة. . .» وفي ذلك أيضاً تنص المادة ١٢٦ موجبات وعقود لبناني على أن «التبعة تلحق بالأشخاص المشار إليهم ما لم يثبتو أنه لم يكن في وسعهم منع الفعل الذي نشأت عنه».

٢ ـ دفع المسئولية بنفي علاقة السببية:

إذا كان القانون أقام مسئولية متولي الرقابة على الخطأ المفترض، فإنه قد افترض

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ١ فقرة ٦٧٣، سليمان مرقس، الفعل الضار، فقرة ١٢٠.

أيضاً علاقة السببية بين الخطأ المفترض والضرر. افتراض علاقة السببية نتيجة منطقية لافتراض الخطأ لأن القانون لو كان أعفي المضرور من إثبات الخطأ وكلفه بإثبات علاقة السببية لاضطر المضرور وهو بسبيل إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر أن يثبت الخطأ، وبذلك يكون افتراض الخطأ لا وجود له في الواقع».

وافتراض علاقة السببية بين الخطأ والضرر افتراض ليس قاطعاً وإنما افتراض بسيط يقبل أيضاً إثبات العكس. فإذا أثبت متولي الرقابة أن الضرر كان لا بدّ واقعاً حتى ولو قام بواجب الرقابة بما ينبغي له من حرص وعناية، كأن يثبت مثلاً أن العمل غير المشروع قد وقع فجأة بحيث لم يكن هناك من سبيل لمنعه «أو يثبت انقطاع الصلة بين خطئه المفترض والضرر الذي أصاب المضرور حيث أن وقوع هذا الضرر، بالنسبة لمتولي الرقابة، كان بسبب أجنبي كالقوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل المضرور نفسه.

وقد نصت المادة ١٧٣/٣ مدني على هذه الأحكام بأنه «يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بدّ واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية. ويسرى هذا الحكم في القانون اللبناني طبقاً للقواعد العامة.

المطلب الثاني
مسئولية المتبوع عن أعمال التابع

تنص المادة ١٧٤ مدني مصري على أن «يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها» «وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه».

وفي القانون اللبناني تنص المادة ١٢٧ موجبات وعقود على «أن السيد والولي مسئولان من ضرر الأعمال غير المباحة التي يأتيها الخادم أو المولى في أثناء العمل، أو بسبب العمل الذي استخدماهما فيه وإن كانا غير حرين في اختيارهما، بشرط أن يكون لهما سلطة فعلية عليهما في المراقبة والإدارة» «وتلك التبعة تلحق الأشخاص المعنويين كما تلحق الأشخاص الحقيقيين».

وتعتبر مسئولية المتبوع عن أعمال التابع أصدق صورة لمسئولية الشخص عن عمل الغير. لكي تقوم مسئولية المتبوع ينبغي أن تقوم مسئولية التابع أولاً ـ وهنا يلزم القانون المتبوع بأن يصلح ضرراً لم يسهم في إحداثه أي إسهام. وهذه المسئولية تعتبر استثناء على القواعد العامة في المسئولية وهي مقررة لمصلحة المضرور. في الواقع عبء هذه المسئولية يقع في النهاية، من الناحية النظرية، على عاتق التابع حيث أن المتبوع سيرجع عليه بما دفعه من تعويض للمضرور، لكن في الغالب لا يكون هذا الرجوع مجد لعدم ملاءة التابع.

وهنا سندرس عناصر المسئولية، ثم نعرض بعد ذلك الأساس المسئولية.

أولاً: عناصر المسئولية

لكي تقوم مسئولية المتبوع عن أعمال التابع يجب أن يتوافر عنصران، الأول قيام علاقة تبعية، الثاني، وقوع خطأ من التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها.

١ ـ قيام علاقة تبعية

ـ جوهر علاقة التبعية سلطة المتبوع الفعلية في الرقابة والتوجيه:

وقد نصت المادة ٢/١٧٤ مدني مصر يعلى أن «تقوم رابطة التبعية، لو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه». وتنص المادة ١٢٧ موجبات وعقود لبناني على «أن السيد والولي مسئولان عن ضرر الأفعال غير المباحة التي يأتيها الخادم أو المولى.. وإن كانا غير حرين في اختيارهما، بشرط أن يكون لهما سلطة فعلية عليهما في المراقبة والإدارة».

ـ وللكشف عن حقيقة السلطة الفعلية يجب أن نحدد عدة شروط استبعادية وهي ما يلي:

١ ـ لا يشترط لتوافر علاقة التبعية وجود عقد بين المتبوع والتابع. لأن العبرة بوجود السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه، وإذا كانت هذه السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه تكفي لقيام علاقة التبعية إلا أنه قد يوجد هذا العقد في كثير من الأحوال،

كما هو الشأن بالنسبة إلى العامل والخادمة والطاهي والسائق والمستخدم والموظف. وكذلك بطلان العقد بين المتبوع والتابع لا يحول دون قيام علاقة التبعية حيث العبرة بالسلطة الفعلية.

٢ ـ لا يشترط لتوافر علاقة التبعية أن يكون المتبوع حراً في اختيار التابع. فتقوم علاقة التبعية حتى ولو كان التابع مفروضاً على المتبوع، مثال المرشد الذي يفرض على السفينة عند دخولها الميناء، وموظفي المجالس المحلية والبلدية الذين تعينهم الحكومة تسأل عنهم هذه المجالس وإن لم تكن لها يد في اختيارهم».

٣ ـ لا يشترط أن يتقاضى التابع أجراً عن عمله حتى تقوم علاقة التبعية، يستوى أن يعمل التابع بأجر أو بدون أجر، وإذا كان يعمل بأجر فايا كان الأجر وأياً كان نوع العمل.

ـ يلزم أن تنصب السلطة الفعلية على الرقابة والتوجيه في عمل معين لحساب المتبوع. وعلى ذلك يجب أن يكون المتبوع سلطة توجيه التابع في عمل معين يتم لحسابه وذلك بإصدار الأوامر له، وتكون له سلطة رقابة تنفيذ هذه الأوامر.

وعلى ذلك إذا كانت الرقابة عامة لا تتناول عملاً معيناً، كرقابة الأب لابنه فإنه لا تتوافر علاقة التبعية، كما أنه إذا كانت الرقابة والتوجيه في عمل معين لا يكون لحساب المتبوع فإنه لا تتوافر علاقة التبعية مثال ذلك المشرف في الحرفة يكون له الرقابة والتوجيه في عمل معين لكن الصبية يتدربون على هذا العمل لحساب أنفسهم ولذلك لا يعتبرون تابعين له.

ولا يشترط لقيام علاقة التبعية أن يباشر المبتوع على التابع حق الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية بل يكفي أن يباشر هذه الرقابة والتوجيه من الناحية الإدارية فصاحب المستشفى ولو لم يكن هو نفسه طبيباً يعتبر متبوعاً بالنسبة، إلى الأطباء الذين يعملون في المستشفى لحسابه، وصاحب السيارة ولو كان يجهل القيادة يعتبر متبوعاً للسائق».

مجمل القول أن علاقة التبعية تدور وجوداً أو عدماً مع السلطة الفعلية التي تنصب على الرقابة والتوجيه. فحيث توجد سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه توجد علاقة التبعية، فيعتبر تابعاً العامل والخادم والطاهي والسائق والمستخدم والموظف والوكيل إذا كان خاضعاً لرقابة موكله وتوجيهه في العمل الذي عهد إليه به، والبواب

يعتبر تابعاً لمالك العمارة ولا يعتبر تابعاً للسكان، وحيث تنعدم السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه انعدمت معها علاقة التبعية، فلا يعتبر تابعاً كل من الطبيب الذي يعمل لحسابه الخاص في مستشفى، وأعضاء الجمعية، والشركاء في الشركة، وسائق التاكسي بالنسبة للراكب.

وتطبيقاً لذلك إذا أعار المتبوع تابعه لشخص آخر فتحديد أي من المتبوعين مسئولاً عن أعمال ذلك التابع يتوقف على تحديد من له السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه، فإذا كان المعير قد استبقاها فإنه يبقى متبوعاً ويسأل عن أفعال التابع، وإذا انتقلت إلى المستعير كان هذا هو المتبوع ويسأل عن أفعال التابع.

٢ ـ وقوع خطأ من التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها:

لكي تقوم مسئولية المتبوع فإنه يجب أن يتحقق مسئولية التابع، فإذا لم يكن التابع مسئولاً لا تقوم مسئولية المتبوع. فإذا قامت مسئولية التابع، سواء على أساس خطأ واجب الإثبات أو خطأ مفترض، قامت مسئولية المتبوع.

كما يجب أن يكون التابع قد ارتكب الخطأ في أثناء تأدية وظيفته أو بسبب وظيفته. وعلى ذلك نجد أن المتبوع لا يسأل عن كل خطأ يأتيه تابعه، وإنما يسأل فقط على الأخطاء التي يرتكبها تابعه في أثناء تأديه وظيفته أو بسبب هذه الوظيفة. وكل هذا نتيجة طبيعية لقيام علاقة التبعية بين المتبوع والتابع والتي جوهرها السلطة الفعلية في الرقابة وفي التوجيه حيث أن هذه السلطة لا تتوافر إلا في أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها.

أ ـ الخطأ في أثناء تأدية الوظيفة:

ويعتبر الخطأ واقعاً من التابع في أثناء تأدية وظيفته إذا ارتكبه وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته. مثال ذلك إلقاء الخادم الذي يقوم بأعمال النظافة في منزل مخدومه بجسم صلب في الطريق العام فيصيب أحد المارة، عندئذٍ يعتبر المخدوم مسئولاً عن خطأ الخادم لوقوعه أثناء تأدية وظيفته ، والممرض الذي يعمل في خدمة مستشفى، فيخطىء ويعطي للمريض دواء على سبيل الخطأ يؤدي إلى وفاة المريض.

ب ـ الخطأ بسبب الوظيفة:

وتكون الوظيفة هي السبب في ارتكاب الخطأ إذا تبين أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ، أو ما كان يفكر في ارتكابه، لولا الوظيفة، فالخطأ بسبب الوظيفة يتحقق بإحدى صورتين[1]: **الأولى**: أن تكون الوظيفة ضرورية لإمكان ارتكاب الخطأ بحيث لولا الوظيفة لم يكن يستطيع التابع ارتكاب الخطأ، مثال ذلك ترصد فراش لناظر المدرسة التي يعمل فيها لقتله لاعتقاده أن يضطهده، وعند توجه الناظر ركوب سيارته اقترب الفراش من السيارة فتظاهر أنه يفتح له بابها بصفته رئيساً له، وقتله بسكين أعدها لهذا الغرض. في هذا المثال لولا الوظيفة لما استطاع الفراش من الاقتراب من الناظر وقتله ولذلك قضى بمسئولية وزارة المعارف باعتبارها متبوعاً لهذا الفراش[2]. **والثانية**: أن تكون الوظيفة داعية إلى التفكير في ارتكاب الخطأ بحيث لولا الوظيفة لم يكن التابع ليفكر في ارتكاب الخطأ، مثال ذلك حاله ما إذا رأى الخادم سيده يتشاجر مع آخر فبادر إلى مساعدته وضرب الشخص الآخر ضرباً أفضى إلى موته، يعتبر السيد هنا مسئولاً عن فعل تابعه، وذلك لأن التابع ارتكب الخطأ بسبب وظيفته فلولا أنه خادم عند سيده لما فكر في ضرب المعتدي على سيده.

استبعاد الخطأ بمناسبة الوظيفة أو الأجنبي عنها:

ويعتبر العمل الذي ارتكبه التابع قد وقع منه بمناسبة وظيفته إذا اقتصرت الوظيفة على تيسير ارتكاب الخطأ أو المساعدة على ارتكابه أو تهيئة الفرصة لارتكابه[3]. وهنا لا يسأل المتبوع عن هذا العمل، مثال ذلك أن يذهب خفير إلى منزل خصمه في غير وقت العمل الرسمي ويطلق عليه عياراً نارياً من سلاحه الميري فيقتله. هنا لا تسأل الحكومة عن عمل الخفير لأن ارتكابه للفعل الخاطىء لم يكن أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها ولكن كان ارتكابه له بمناسبة وظيفته التي يسرت له ارتكاب الفعل ولكنها لم تكن ضرورية لارتكابه.

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ١ فقرة ٦٨٢، ٦٨٤.

(٢) عبد المنعم فرج الصدة المرجع السابق، فقرة ٥٣٠ ص ٦٦٨ وهو يكتفي بهذا حتى يقف بمسئولية المتبوع عند حدودها المعقولة.

(٣) مصطفى مرعي المسئولية المدنية، فقرة ٢٢٠ ـ ٢٢٩ حيث يعتبر ذلك يدخل في مفهوم الخطأ بسبب الوظيفة.

كذلك يعتبر خطأ التابع أجنبياً عن الوظيفة لا يسأل المتبوع عنه إذا لم يكن له صلة بوظيفته. مثال ذلك أن يرتكب أحد رجال البوليس جريمة في وقت كان فيه متغيباً عن عمله في إجازة رسمية.

ثانيا: أساس المسئولية

وقد تعددت النظريات في تحديد الأساس الذي تقوم عليه مسئولية المتبوع عن أعمال التابع:

الخطأ المفترض: ذهب رأي إلى أن مسئولية المتبوع عن أعمال التابع تقوم على خطأ مفترض من جانب المتبوع وأن هذا الخطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ويتمثل هذا الخطأ في سوء الاختيار أو التقصير في الرقابة والتوجيه[١]. وقد تعرض هذا الرأي للكثير من الانتقادات.

تحمل التبعة: وذهب رأي آخر إلى مسئولية المتبوع عن أعمال التابع، مسئولية موضوعية تقوم على فكرة تحمل التبعة[٢]. وبرر هذا الرأي هذه المسئولية بفكرة الغنم بالغرم، المتبوع ينتفع بنشاط تابعه، فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط. كما أن المتبوع له على تابعه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه وهذه السلطة هي المقابل للمسئولية ولذلك تكون المسئولية مصدراً لتحمل التبعة. وقد انتقد هذا الرأي كذلك.

ـ مسئولية عن خطأ الغير: فمسئولية المتبوع ما زالت تقوم على الخطأ. لكن هذا الخطأ ليس خطأ المتبوع وإنما خطأ التابع، أي المتبوع يسأل عن خطأ التابع، فالمسئولية هنا مسئولية عن فعل الغير وهي مسئولية أرادها القانون ولم يجز للمتبوع أن يتخلص منها. وذهب أنصار هذا الرأي إلى تبريره باعتبار أن المتبوع كفيلاً لنشاط التابع في مواجهة الغير وتكون الكفالة تضامنية[٣]. وذهب البعض الآخر إلى تبريره على

---

(١) نقض مدني ١٩٤٦/١١/٢٨ مجموعة القواعد القانونية، جـ ٥ ص ٢٦٠ رقم ١١٥، ١٩٣٦/١١/١٢، نفس المجموعة، جـ ٢، ص ٨، رقم ٥. مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢، ص ٤١٤ ـ ٤١٩.

(٢) جو سران، جـ ١، فقرة ٥١٣، ديموج، جـ ٥، فقرة ٨٨٢.

(٣) كولان وكابيتان ودي لامورانديير، جـ ٢، فقرة ٣٥٠، بلانيول وريبير وبولانجي، جـ ٢، فقرة ١١٢٥.

أساس أن التابع نائب عن المتبوع، فيسأل المتبوع عن أعمال تابعه ما دامت في حدود النيابة، والنيابة هنا هي علاقة التبعية. وذهب فريق ثالث إلى القول بأن التابع قد حل محل المتبوع باعتباره امتداد لشخصية المتبوع، فيعتبر خطأ التابع بالنسبة للمضرور كأنه خطأ المتبوع[١].

ويبدو أن محكمة النقض قد اتجهت إلى إقامة مسئولية المتبوع عن أعمال التابع على أساس فكرة الضمان، فالمتبوع يسأل عن التعويض بطريق التضامن مع التابع، فهو كفيل متضامن، ومصدر هذه الكفالة ليس العقد، بل القانون[٢]. ويترتب على اعتناق هذا الرأي أن المتبوع لا يستطيع التخلص من المسئولية ولو عن طريق نفي رابطة السببية، ويظل مسئولاً حتى ولو كان غير مميز.

وعلى ذلك يكون للمضرور أن يرجع على المتبوع باعتباره مسئولاً عن التابع، كما يكون له كذلك أن يرجع على التابع لقيام مسئوليته وله أخيراً أن يرجع عليهما بالتضامن. وحيث أن مسئولية المتبوع عن أعمال التابع مسئوليته عن عمل الغير فإن المتبوع يستطيع أن يرجع على تابعه ليطالبه بما يكون قد دفعه من تعويض، وفي هذا تنص المادة ٧٥ مدني على أن «للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر».

---

(١) مازو، جـ ١، فقرة ٩٣٥ ـ ٩٣٩، نقض مدني ١٤/ ٥/ ١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية جـ ٣، ص ٤٣٦. رقم١٥٦.

(٢) انظر نقض مدني ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٥ ص ٨٧٠ وانظر في الفقه ريبير، القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية، فقرة ١٢٦ عبد المنعم فرج الصده المرجع السابق، فقرة ٥٢٤ ص ٦٦٠، قرب السنهوري، الوسيط جـ ١ فقرة ٦٩١ سليمان مرقس،الفعل الضار ، فقرة ١٣٤.

المبحث الثالث
فعل الشيء

الأشياء التي يمكن أن تنشأ عنها المسئولية قد تكون حيواناً وقد تكون بناءً وقد تكون آلات.

والمسئولية عن الأشياء تقع في إطار سياسة المشرع بتأمين المضرور بالحصول على تعويض عما يصيبه من ضرر أياً كان مصدره. فإذا كان المشرع قد قرر المسئولية عن فعل الغير ليكفل للمضرور سبيلاً أكيداً للحصول على تعويض عن الضرر الناشىء من فعل الغير عن طريق رجوعه على متولي الرقابة أو المتبوع، فإن تقريره للمسئولية عن الأشياء أدعى وأوجب. فالشيء لا يمكن أن يكون مسئولاً عما يقع منه من ضرر لذلك كان من المنطقي أن يكفل المشروع للمضرور سبيلاً في الرجوع على حارس ذلك الشيء ليحصل منه على تعويض الضرر الذي أحدثه له هذا الشيء. ولدراسة المسئولية الناشئة عن الأشياء يجب أن نعرض لعناصر هذه المسئولية وهي الحراسة، وفعل الشيء الذي أحدث الضرر.

المطلب الأول
الحراسة

وحيث أن المسئولية الناشئة عن الأشياء تقوم على فكرة الخطأ في الحراسة لذلك فإن المسئولية تقوم على عاتق الحارس وهنا سنعرض للمقصود بالحراسة بصفة عامة، ثم بعد ذلك ندرس انتقال الحراسة.

أولاً: المقصود بالحراسة:

يقصد بالحراسة في هذا الصدد السيطرة الفعلية في توجيه ورقابة الشيء والتصرف في أمره.

وقوام الحراسة هي السيطرة الفعلية سواء ثبتت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق، أي سواء كانت السيطرة شرعية أو غير شرعية.

ويجب أن تنصب هذه السيطرة الفعلية على توجيه ورقابة الشيء والتصرف في أمره.

ويترتب على ذلك أنه في الأصل أن تثبت السيطرة الفعلية في توجيه ورقابة الشيء والتصرف في أمره لمالك الشيء. وعلى ذلك تقوم قرينة أن مالك الشيء هو الحارس المسئول عن فعل هذا الشيء. فإذا رجع المضرور على المالك فليس عليه أن يثبت أنه هو الحارس، بل المالك هو الذي عليه أن يثبت أنه لم يكن حارس الشيء وقت إحداثه الضرر.

ثانيا: انتقال الحراسة وانتقال المسئولية:

وهنا نعرض لعدة فروض لانتقال الحراسة وبالتالي انتقال المسئولية.

الفرض الأول: إذا انتقل الشيء من يد المالك إلى يد أخرى بالرغم عن إرادته أو دون علمه. فإن السيطرة الفعلية على الشيء تنتقل في هذه الحالة من المالك إلى هذا الغير طالما كان لهذا الأخير التوجيه والرقابة عما يحدثه الشيء من ضرر. وكما هو واضح أنه لا يلزم أن تكون السيطرة الفعلية سيطرة مشروعة لها سند من القانون.

الفرض الثاني: إذا انتقل الشيء من يد المالك إلى يد الغير برضاء المالك وكان الغير تابعاً له. الأصل إن انتقال الشيء إلى يد التابع لا ينقل إليه السيطرة الفعلية على الشيء، إذ الغالب أن المالك يستبقي السيطرة الفعلية على الشيء حتى بعد أن يسلمه لتابعه، فيبقى المالك في هذه الحالة هو الحارس، لكن ليس هناك ما يمنع من أن تنتقل، في بعض الحالات، السيطرة الفعلية إلى التابع وبذلك يصبح التابع مسئولاً باعتباره الحارس عـن فعل الشيء ويكون المالك مسئولاً مسئولية المتبوع.

الفرض الثالث: انتقال الشيء من يد المالك إلى شخص غير التابع لينتفع به، كالمستأجر أو المستعير في الغالب تنتقل إلى هذا الشخص السيطرة الفعلية على الشيء إذ هو في سبيل الانتفاع به يمسك بزمامه في يده وله التصرف في أمره ومن ثم يكون هو الحارس. وكذلك إذا تم انتقال الشيء لشخص غير تابع للمحافظة عليه أو إصلاحه

فالأصل أن تنتقل السيطرة الفعلية إلى هذا الشخص، ويكون هو الحارس ما لم يستبق المالك لنفسه السيطرة الفعلية فيبقى هو الحارس.

بالنسبة للبناء، فإن المالك هو الذي يستبقي لنفسه السيطرة الفعلية على البناء فهو الذي يصرف أمره من حيث صيانته وإصلاح ما به من عيوب أو هدمه إذا أصبح قديماً ليفيد من الإصلاح. ولذلك فالمستأجر والمستعير لا يعتبران في الغالب من الأحوال حارسين. لكن تنتقل الحراسة من مالك البناء إلى غيره كالمنتفع والمستحكر والمرتهن رهن حيازة والحائز للبناء بنية تملكه سواء حاز بحسن نية أو بسوء نية.

وهنا سنعرض لفعل الحيوان، ولتهدم البناء، ولفعل الشيء الذي تتطلب حراسته عناية خاصة والآلات الميكانيكية.

أولاً ـ فعل الحيوان:

تنص المادة ١٧٦ مدني مصري على أن «حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكاً له، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه».

وكذلك تنص المادة ١٢٩ موجبات وعقود لبناني على «أن حارس الحيوان مسئول عن ضرر حيوانه وإن يكن قد ضل أو هرب» «وحكم هذه التبعة يجري أيضاً عند انتفاء النص المخالف، وإن يكن الحارس والمتضرر مرتبطين بعقد سابق كعقد الاستخدام مثلاً».

«ولا ترتفع التبعة عن الحارس إلا إذا أقام الدليل على قوة قاهرة أو على خطأ ارتكبه المتضرر».

وعلى ضوء ذلك يشترط لتقوم المسئولية أن يكون هناك حيوان أحدث ضرراً للغير.

١ ـ **بالنسبة للحيوان**، لم يحدد النص أي الحيوانات يكون الشخص مسئولاً عن الضرر الناشىء عنها فهو تكلم عن الحيوان بصفة عامة، على ذلك يسأل الشخص عن الحيوانات التي تكون في حراسته سواء كانت أليفة أو مستأنسة أم متوحشة. ولذلك يكون المروض مسئولاً عن الحيوانات المتوحشة التي تكون في حراسته. كما يستوي أن تكون هذه الحيوانات صغيرة أو كبيرة، طليقة أو مقيدة، ولذلك يكون

المالك مسئولاً عن الأضرار التي تنشأ عن النحل الذي يملكه.

لكن **يشترط** أن تكون الحيوانات حية ومملوكة لأحد من الناس، وأن تكون حراستها ممكنة. على ذلك فإن كانت ميتة فلا يسأل عنها الشخص، وكذلك لا يسأل الشخص عن الحيوانات المتوحشة التي توجد فوق أرضه لأنه ليس له سيطرة فعلية في التوجيه والرقابة، كما أنها ليست مملوكة له.

٢ - **بالنسبة لفعل الحيوان**، يشترط لقيام مسئولية حارس الحيوان على أساس قرينة الخطأ في الحراسة أن يقع الضرر للغير بفعل الحيوان، أي أن يكون الحيوان هو المتسبب في إحداثه بمعنى أن يكون الحيوان قد أتى بعمل إيجابي كان هو السبب في الضرر فإذا ارتطم شخص بجسم حيوان حي فجرح، فلا مسئولية على الحارس لأن الحيوان دوره هنا سلبي.

لكن لا يشترط أن يتصل الحيوان بالمضرور إتصالاً مادياً، كما لو جمح جواد فأصاب المارة ذعر فجرح أحدهم[1].

لكن قد يدق الأمر إذا كان الحيوان في قيادة صاحبه الذي يركبه وقت حصول ضرر، فيما إذا كان الضرر قد وقع بفعل الحيوان أم بفعل الإنسان، مثال ذلك الجواد الذي يقوده شخص أو يمتطيه، الرأي السائد الآن، أن المسئولية في هذه الحالة هي عن فعل الحيوان لا عن فعل الشخص لأن الضرر لا يعتبر من فعل الشخص في هذه الحالة إلا إذا تعمده وعندئذٍ يسأل عن فعله الشخصي طبقاً للمادة ١٦٣ مدني.

٣ - **بالنسبة للضرر الحادث**: القاعدة أن أي ضرر يلحقه الحيوان بالغير يرتب مسئولية حارسه، سواء كان هذا الضرر جرحاً أو كدماً أو ذعراً يولد حالة عصبية أو مرضاً ينقله الحيوان إلى حيوانات الغير، أو إذا أتلف الحيوان مالاً مملوكاً للغير.

ويدخل في معنى الغير هنا مالك الحيوان إذا لم يكن هو الحارس، كما يدخل فيه كذلك تابع المالك لكن إذا كان هذا الأخير استبقى لنفسه الحراسة، فإذا أوقع الحيوان الضرر بالحارس نفسه، فلا يستطيع الحارس أن يرجع على المالك إلا إذا أثبت خطأ في جانبه طبقاً للقواعد العامة. أما إذا أوقع الحيوان الضرر بنفسه، بأن اختنق بحبل مثلاً، فإذا كان الحارس هو المالك هلك الحيوان على مالكه، أم إذا كان

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ١، فقرة ٧٥٣.

الحارس غير المالك، فلا يستطيع المالك في هذه الحالة الرجوع بالتعويض على الحارس إلا على أساس الخطأ الثابت.

٤ ـ **أساس المسئولية ودفعها**: الخطأ هنا مفروض في جانب الحارس فرضاً لا يقبل إثبات العكس، والخطأ المفترض في جانب الحارس هو خطأ في الحراسة وعلى ذلك يكفي المضرور أن يثبت أن الضرر قد حدث بفعل الحيوان وأن المدعي عليه هو الحارس، إلا أن يكون المدعي عليه هو المالك فيفترض أن الحيوان في حراسته إلا إذا أثبتت أن الحراسة لغيره.

الخطأ المفترض في جانب الحارس لا يقبل إثبات العكس، ومن ثم فليس للحارس أن يتخلص من المسئولية بإثبات أنه لم يخطىء، أو أنه اتخذ جميع الاحتياطيات الضرورية لمنع وقوع الحادث. لكن يجوز للحارس أن يتخلص من المسئولية بنفي رابطة السببية بين فعل الحيوان وبين الضرر الذي وقع بأن يثبت السبب الأجنبي، فيثبت أن الضرر لم يقع من فعل الحيوان وإنما نشأ من حصول رعد فزع منه الحيوان فترتب على ذلك وقوع الضرر، أو أن يثبت أن المضرور هو الذي حرش الكلب على نفسه أو دخل إلى الكلب في مكانه واستثاره، أو أن أطفالاً أفزعوا الحصان فجمح وأحدث الضرر الذي وقع بالغير.

ثانياً: تهدم البناء:

تنص المادة ١٧٧/ ١ على أن «حارس البناء، ولو لم يكن مالكاً له، مسئول عما يحدث انهدام البناء من ضرر، ولو كان انهداماً جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه».

وعلى ذلك يشترط لقيام مسئولية حارس البناء أن يكون الضرر الذي أصاب المضرور ناجماً عن تهدم البناء.

١ ـ **بالنسبة للبناء**: يعتبر بناء كل مجموع من المواد أياً كان نوعها، خشباً أو حجارة أو حديد، اتصل بالأرض اتصال قرار بيد الإنسان، يستوي أن يكون البناء معد للسكني أو لغيرها. ويستوي أن يكون تم تشييد البناء لغرض دائم أم مؤقت كأبنية المعارض والأكشاك الخشبية بل قد لا يكون البناء معداً لشيء من ذلك، كالحائط المقام بين حدين بناءً، والعمد التذكارية وما إلى ذلك، يستوي أن يكون البناء قد تم

تشييده فوق الأرض أو في باطن الأرض، كالانفاق، والأنابيب، لكن لا يعتبر بناء العقارات بالتخصيص كالمصاعد وكذلك لا تعتبر بناء الشجرة ولا الأرض.

٢ ـ **بالنسبة للتهدم**: يقصد به تفكك البناء وانفصاله عن الأرض التي يتصل بها اتصال قرار. ويستوي أن يكون هذا الانفصال كلياً أو جزئياً كسقوط السلم، أو انهيار الحائط أو السقف أو انفصال الشرفة.

والتهدم الذي يسأل عنه الحارس هو ما يرجع إلى نقص في صيانة البناء أو إلى قدمه أو إلى عيب فيه. وعلى ذلك إذا تهدم البناء بفعل انفجار آله موجودة فيه أو بفعل الحريق فلا يعتبر تهدماً. لكن إذا بقي جزء من البناء بعد الانفجار أو الحريق ومضي بعض الوقت ثم سقط فإن هذا يعتبر تهدماً يسأل عنه الحارس.

ويشترط أن ينجم الضرر عن تهدم البناء تهدماً فعلياً لا عن مجرد أن يكون البناء مهدداً بالسقوط أو التهدم. ومع ذلك أجازت المادة ١٧٧/ ٢ مدني لمن يتهدده البناء بالسقوط أن يكلف المالك (دون الحارس) باتخاذ التدابير الضرورية لدرء الخطر فإن لم يستجب المالك إلى طلبه جاز له بعد استئذان المحكمة اتخاذ هذه التدابير على حسابه أي على حساب المالك.

٣ ـ **أساس المسئولية ودفعها**: تقوم مسئولية حارس البناء على أساس الخطأ المفترض فإذا أثبت المضرور أن الضرر نشأ عن تهدم البناء قامت قرينة قانونية على خطأ الحارس في صيانة البناء أو في إصلاحه أو في تجديده وهذا الافتراض يقوم على الغالب الشائع أن البناء لا يتهدم إلا لإهمال في صيانته أو لقدمه أو لعيب فيه. ومع ذلك يستطيع الحارس أن يثبت عكس هذه القرينة إذا أثبت أن البناء لم يكن في حاجة إلى صيانة أو إصلاح أو تجديد، فإن عجز عن إثبات ذلك اعتبر التهدم راجعاً إلى خطئه المفترض ، ولا يكون أمامه من سبيل لدفع المسئولية بعد ذلك إلا إذا قطع علاقة السببية بين الخطأ المفروض وبين الضرر إلى وقع بإثباته السبب الأجنبي.

لا يجوز التمسك بمسئولية حارس البناء طبقاً للمادة ١٧٧ مدني إذا كان بين الحارس والمضرور علاقة تعاقدية، كالمستأجر، إذا أصابه ضرر من البناء لا يجوز له التمسك بالمسئولية التقصيرية وإنما يتمسك بالمسئولية العقدية.

في القانون اللبناني: مسئولية مالك البناء:

تنص المادة ١٣٣ موجبات وعقود لبناني على «أن مالك البناء مسئول عن الضرر الذي ينشأ من هبوطه أو تهدم جانب منه حين يكون سبب هذا الحادث نقصاً في صيانة البناء أو عيباً في بنيانه أو قدماً في عهده».

«وتلك التبعة تلحق مالك سطح الأرض إذا كانت ملكية السطح منفصلة عن ملكية الأرض».

«أما إذا كانت صيانة البنيان من واجب شخص غير المالك فتبقى التبعة ملقاة على كاهل المالك وإنما يحق له أن يرجع على ذلك الشخص ويمكن أن يدخله في دعوى التبعة».

«وجميع هذه القواعد يجب تطبيقها وإن يكن المالك والمتضرر مرتبطين بموجب سابق ما لم يكن ثمة نص قانوني على العكس».

وعلى ذلك يشترط لقيام مسئولية مالك البناء أن يكون الضرر الذي أصاب المضرور ناجماً عن تهدم البناء.

١ ـ في القانون اللبناني المسئول هو المالك:

خرج المشرع اللبناني بصدد المسئولية عن تهدم البناء عن المبدأ الذي انتهجه للمسئولية عن الحيوان وعن الأشياء الجامدة وجعل المسئول هو المالك لا الحارس.

ويستوي أن يكون مالكاً للبناء ملكية تامة أو ملكية رقبة. كما يستوى أن تكون ملكيته مفرزة أو شائعة، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون الملاك على الشيوع متضامنين في المسئولية (م ١٣٧ موجبات وعقود).

وإذا كانت ملكية البناء منفصلة عن ملكية الأرض التي يقوم عليها البنءا كان مالك البناء هو المسئول وليس مالك الأرض (م ١٣٣/ ٢ موجبات وعقود).

وإذا كان مالكاً لشقة أو طبقة في بناء مقسم إلى طبقات أو شقق وانهدمت كان هو وحده مسئول دون باقي الملاك. وإذا انهدم جزء مشترك لجمع الملاك، كانوا جميعاً مسئولين. وإذا كان هذا الجزء مشترك بين بعض الملاك، كان هؤلاء مسئولين دون غيرهم.

ويكون المالك مسئولاً عند وجود نقص في صيانة البناء ولو كان غيره ملتزماً بهذه الصيانة. إنما يحق للمالك في مثل هذه الحالة أن يرجع بما دفعه على الشخص الملتزم بالصيانة، وله أن يدخل هذا الشخص في الدعوى المرفوعة عليه من المضرور (م ١٣٣/ ٣ موجبات وعقود).

ويجوز التمسك بمسئولية مالك البناء المنصوص عليها في المادة١٣٣ موجبات وعقود حتى ولو كان بين المالك والمضرور علاقة تعاقدية، كالمستأجر، إذا أصابه ضرر من البناء يجوز له التمسك بالمسئولية التقصيرية(م ١٣٣/ ٤ موجبات وعقود).

٢ ـ **بالنسبة للبناء**: تحيل إلى ما سبق أن قلناه في هذا الصدد.

٣ ـ **بالنسبة للتهدم**: وفي القانون اللبناني، كالقانون المصري المالك لا يسأل إلا عن التهدم بالمعنى السابق بيانه. والتهدم الذي يسأل عنه المالك هو ما يرجع إلى نقص في صيانة البناء أو إلى قدمه أو إلى عيب فيه على النحو السابق بيانه.

لم يرد في القانون اللبناني نصاً مقابلاً لنص المادة ١٧٧/ ٢ مدني مصري والتي تجيز مطالبة المالك باتخاذ تدابير وقائية ولذلك لا يسري هذا الحكم في القانون اللبناني.

٤ ـ **دفع المسئولية في القانون اللبناني**: مسئولية مالك البناء تقوم على خطأ ثابت في جانبه يتحمل المضرور عبء إثباته، وذلك بأن يقيم الدليل على إهمال في صيانة البناء أو وجود عيب فيه أو تقادم العهد عليه.

فإذا نجح المضرور في هذا الإثبات قامت مسئولية مالك البناء ولا يبقى هذا الأخير لدفع المسئولية عن نفسه إلا أن يقيم الدليل على انتفاء علاقة السببية بين الخطأ الثابت في جانبه وتهدم البناء. وذلك بأن يثبت السبب الأجنبي.

ثالثاً ـ فعل الأشياء التي تقتضي حراستها عناية خاصة:

تنص المادة ١٧٨ مدني على أن «كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة».

وكما هو واضح لم يجعل المشرع المسئولية القائمة على خطـأ مفترض تشمل جميع الأشياء بل قصرها على الآلات الميكانيكية وعلى الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة، وعلى ذلك يشترط لقيام مسئولية حارس هذه الأشياء وقوع الضرر بفعل الشيء.

وتنص المادة ١٣١ موجبات وعقود لبناني على «أن حارس الجوامد المنقولة وغير المنقولة يكون مسئولاً عن الأضرار التي تحدثها تلك الجوامد حتى في الوقت الذي لا تكون فيه تحت إدارته أو مراقبته الفعلية، كالسيارة وقت السير أو الطيارة، وقت طيرانها أو المصعد وقت استعماله».

«وتلك التبعة الوضعية لا تزول إلا إذا أقام الحارس البرهان على وجود قوة قاهرة أو خطأ من المتضرر. ولا يكفي أن يثبت الحارس أنه لم يرتكب خطأ».

«وأن وجود تعاقد سابق بين الحارس والمتضرر لا يحول دون إجراء حكم التبعة الناشئة عن الأشياء إلا إذا كان في القانون نص على العكس».

وبذلك جعل المشرع المسئولية شاملة لجميع الأشياء.

١ ـ **بالنسبة للشيء**، يقصد بالشيء هنا الأشياء المادية غير الحية، إذا كانت بطبيعتها أو بسبب ظروف محيطة بها في حاجة إلى عناية خاصة، وعلى ذلك فالأشياء غير المادية والحيوان والبناء لا تدخل في مفهوم هذا الشيء.

وتعتبر الآلات الميكانيكية دائماً في حاجة إلى هذه العناية الخاصة بحكم النص ذاته.

ومن الأشياء التي تعتبر بطبيعتها في حاجة إلى عناية خاصة، المفرقعات والمواد الكيميائية، الأسلحة، والأسلاك الكهربائية، وغير ذلك. ومن الأشياء التي تعتبر في حاجة إلى هذه العناية بسبب ظروف ملابسة، الأشجار إذا مال جزعها لقدمها، والأرض إذا انهار جزء منها أو انخسف بعضها، والمباني إذا نجم الضرر لا عن تهدمها.

في القانون اللبناني:

سبق أن رأينا أن المسئولية تشمل جميع الأشياء.

ويراد بالشيء هنا كل شيء مادي غير حي. وذلك فيما عدا الحيوانات إذ تخضع لحكم المادة ١٢٩ موجبات وعقود، والمباني فيما يتعلق بالأضرار التي تنجم عن تهدمها إذ تخضع في هذه الحدود لحكم المادة ١٣٣ موجبات وعقود.

ويستوي أن يكون هذا الشيء منقولاً أو عقاراً. ويستوي أن يكون هذا الشيء مما تتطلب حراسته عناية خاصة كآلة ميكانيكية أو يكون مما لا يتطلب ذلك.

والشيء قد يتكون من مواد صلبة كالحديد والنحاس والخشب، وقد يتكون من مواد سائلة كالسموم والأدوية وكافة المواد الكيميائية السائلة، وقد يتكون من مواد غازية كالأوكسجين وثاني أوكسيد الكربون. كما يعتبر التيار الكهربائي من الأشياء الخاضعة لحكم المسئولية في هذا الصدد[1].

٢ ـ **بالنسبة لفعل الشيء**: يجب لتحقق مسئولية الحارس أن يكون الضرر ناشئاً عن فعل الشيء ولا يكفي في ذلك تدخل الشيء تدخلاً سلبياً. كما لو اصطدم أحد المارة أو راكب دراجة أو سيارة أخرى بسيارة واقفة في المكان المعتاد للوقوف، وإذا اصطدم شخص في آلة ميكانيكية ثابتة في مكانها الطبيعي فيصاب بجروح. وعلى ذلك فإذا لم يتدخل الشيء تدخلاً إيجابياً في إحداث الضرر فلا يمكن القول بأن ضرر وقع بفعل الشيء. فالتدخل السلبي لا يكفي لقيام مسئولية الحارس وفقاً لحكم المادة ١٧٨ مدني.

ويعتبر الشيء تدخل تدخلاً إيجابياً في إحداث الضرر، إذا كان هذا الشيء في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر، كما لو كانت السيارة في حالة حركة أو كانت واقفة في غير مكانها الطبيعي أو كانت مطفأة النور ليلاً.

والأصل هو افتراض تدخل الشيء تدخلاً إيجابياً في إحداث الضرر والمسئول عليه أن يثبت أن الشيء لم يتدخل في إحداث الضرر إلا تدخلاً سلبياً، فينتفي بذلك افتراض الخطأ، ويتعين لمساءلته إثبات وقوع الخطأ منه وفقاً للقواعد العامة للمسئولية.

التدخل الإيجابي للشيء في إحداث الضرر لا يستلزم الاتصال المادي المباشر

(١) محمد لبيب شيب، المرجع السابق، ص ٨١.

فمثلاً إذا سارت سيارة بسرعة تتجاوز السرعة المعتادة ففزع أحد المارة ووقع فأصيب بضرر دون أن تمسه السيارة يعتبر أن الشيء قد تدخل تدخلاً إيجابياً في إحداث الضرر بالرغم من عدم اتصاله المادي بمن وقع عليه الضرر.

لكن الصعوبة تنشأ عندما يحدث وقت وقوع الضرر أن يكون الشيء في يد إنسان تحركه أو تديره. فمتى يعتبر الضرر راجعاً إلى فعل الشيء، ومتى يعتبر راجعاً إل فعل الإنسان.

طبقاً لنص المادة ١٧٨ مدني مصري قد جعل أن الخطأ المفترض يقوم على فكرة العناية الخاصة التي تتطلبها حراسة الشيء ونص المادة ١٣١ موجبات وعقود اللبناني جعل المسئولية تمتد لتشمل جميع الأشياء. وعلى ذلك فإذا كان الشيء في حراسة شخص، وكانت هذه الحراسة تقتضي عناية خاصة بالنسبة إلى طبيعة هذا الشيء أو بالنسبة إلى ظروفه وملابساته، ثم أحدث الشيء ضرراً فإنه يفترض أن الحارس قد قصر في بذل هذه العناية الخاصة حتى أفلت زمام الشيء من يده فأحدث الضرر هذا في القانون المصري.

٣ ـ بالنسبة لأساس المسئولية ودفعها:

تقوم المسئولية هنا على فكرة الخطأ في الحراسة، أي على الخطأ المفترض في جانب حارس الشيء، فإذا ألحق الشيء ضرراً للغير فيفترض أن زمامه قد أفلت من حارسه، وهذا هو الخطأ المفترض في الحراسة.

وهنا لا يكلف المضررو إلا بإثبات أن الضرر قد وقع بفعل آلة ميكانيكية أو بفعل شيء تتطلب حراسته عناية خاصة في القانون المصري، أو مجرد فعل الشيء في القانون اللبناني فإذا أفلح في ذلك يفترض أن الشيء قد تدخل تدخلاً إيجابياً في إحداث الضرر، إلا إذا أثبت الحارس أن تدخل الشيء كان سلبياً.

ومسئولية حارس الأشياء تقوم على خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس، بمعنى أنه لا يجوز للحارس في سبيل دفع مسئوليته إثبات أنه قام بواجب العناي الخاصة حتى لا يفلت زمام الشيء من يده. والمادة ٢/١٣١ موجبات وعقود تنص على أن «. . . ولا يكفي أن يثبت الحارس أنه لم يرتكب خطأ» لكن يستطيع الحارس أن يدفع مسئوليته بنفي علاقة السببية بين الخطأ المفترض والضرر ويكون ذلك بإثبات السبب الأجنبي. وفي هذا تنص المادة ٢/١٣١ موجبات وعقود على أن «وتلك التبعة الوضعية لا تزول إلا

إذا أقام الحارس البرهان على وجود قوة قاهرة أو خطأ من المتضرر . . . ».

ونطاق افتراض الخطأ في جانب حارس الشيء قاصر على العلاقة بين المضرور والحارس. على ذلك فإنه لا يحتج به إذا أحدث الشيء الضرر لذاته، أو إذا وجدت رابطة تعاقدية بين المسئول والمضرور، كما لو عرض طبيب أحد المرضى لآلة من آلات الأشعة فأصابه بضرر فإن مسئولية الطبيب في هذه الحالة تكون مسئولية عقدية عن الأشياء لا مسئولية تقصيرية. في القانون اللبناني لا يمنع في هذه الحالة من التمسك بالمسئولية التقصيرية بالرغم من وجود عقد بين الحارس والمضرور (م ١٣١/٣ موجبات وعقود).

كما لا يعمل بقرينة الخطأ المفترض في الحالة التي ينجم فيها الضرر عن عدة أشياء من الجوامد كتصادم سيارتين مثلاً وإنما تطبق القاعدة العامة في المسئولية عن الأفعال الشخصية (م ١٢٣ موجبات وعقود لبناني).

كما لا يعمل بقرينة الخطأ المفترض في الحالات التي أقام فيها المشرع المسئولية على فكرة تحمل التبعة، كما هو الشأن في مسئولية رب العمل عن حوادث العمل وهذا ما رخصت به المادة ١٧٨ مدني ذاتها بقولها « . . . . هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة».

الفـرع الثانـي:

الضـــرر

الركن الثاني للمسئولية التقصيرية هو الضرر فإذا لم يكن هناك ضرر فلا مسئولية مهما كان الخطأ مؤكداً ـ فالضرر هو الذي تقوم المسئولية من أجل تعويضه، أي أنه لا يعتد بالخطأ إلا إذا كان هناك ضرر. وكذلك لا يعتد بالضرر إذا لم يكن هناك خطأ.

والمضرور هو المكلف بإثبات الضرر وله إثباته بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن لأن الضرر واقعة مادية.

والضرر قد يكون مادياً يصيب المضرور في جسمه أو في ماله، وقد يكون ضرراً أدبياً يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه. . الخ.

ونتكلم عن نوعي الضرر لتحديد الشروط الواجب توافرها في كل منهما.

المبحث الأول
الضرر المادي

يشترط في الضرر المادي أن يكون ناشئاً عن الإخلال بمصلحة مشروعة وأن يكون محققاً.

المطلب الأول
الإخلال بمصلحة مشروعة

يشترط لكي ينشأ الضرر أن يكون قد حدث إخلال بحق أو بمصلحة مالية، ويجب أن تكون المصلحة التي تم الإخلال بها مصلحة مشروعة. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أولاً: الإخلال بحق أو بمصلحة:

قد يكون الضرر ناشئاً عن الإخلال بحق أو من مجرد الإخلال بمصلحة مالية.

١ ـ **الإخلال بحق المضرور**: ينشأ الضرر نتيجة الإخلال بأي حق، سواء كان هذا الحق يتعلق بالكيان المادي للإنسان أو يتعلق بوجود حق مالي للمضرور.

فالتعدي على الحياة ضرر، وكذلك إصابة الإنسان بجرح أو أي إصابة في جسده تؤدي إلى عجز الإنسان الكلي أو الجزئي عن الكسب علاوة على ما يتكبده من نفقات علاج كل ذلك يعتبر اعتداء على حق شخصي في السلامة، ويعتبر من قبيل الضرر المادي.

وكذلك التعدي على الملك يعتبر إخلالاً بحق ويعتبر ضرراً مادياً فإتلاف شخص لمال آخر كأثاث أو سيارة أو غير ذلك يعتبر ضرراً مادياً أصاب المضرور في حق ثابت له. بالجملة نستطيع أن نقول أن كل إخلال بحق مالي ثابت، عينياً كان هذا الحق أو شخصياً، يعتبر ضرراً مادياً يستوجب التعويض.

ويدخل في مفهوم الضرر المادي أيضاً الضرر المرتد بالنسبة لمن ارتد عليه ومن

أمثلته الأضرار التي تحدث للعمال الذين يؤدي حادث وفاة رب العمل إلى تعريضهم للبطالة، والضرر الذي يصيب الأولاد بسبب قتل عائلهم.

٢ ـ الإخلال بمصلحة مالية: قد يكون الضرر إخلالاً لا بحق للمضرور، ولكن بمجرد مصلحة مالية، كأن يقتل من يعول أحد أقاربه دون أن يلزمه القانون بالنفقة عليه. ويشترط في هذه الحالة أن يثبت المضرور صاحب المصلحة أن القتيل كان يعوله فعلاً وعلى نحو مستمر دائم وأن فرصة الاستمرار في ذلك في المستقبل كانت محققة[1] ومن ذلك أيضاً الضرر الذي يصيب الخطيبة من فقد خطيبها فالقاضي يقدر ما ضاع على المضرور من فرصة ويقضي له بتعويض على هذا الأساس.

ثانيا: يجب أن تكون المصلحة المالية مشروعة:

إذا كانت المصلحة المالية تكفي لتحقق الضرر إذا حصل الإخلال بها إلا أنه يشترط أن تكون هذه المصلحة مشروعة. وعلى ذلك إذا كانت المصلحة المالية غير مشروعة فلا يعتد بها، ولا يعتبر الإخلال بها ضرراً يستوجب التعويض. فلا يجوز للخليلة أن تطالب بتعويض عما أصابها بفقد خليلها، أما الولد الطبيعي والأبوان الطبيعيان فيجوز لهم ذلك. لأن العلاقة فيما بينهم، وإن كانت قد نشأت عن علاقة غير مشروعة، هي في ذاتها مشروعة»[2].

المطلب الثاني
أن يكون الضرر محققا

وهنا سنعرض للضرر الحال والضرر المستقبل، ثم بعد ذلك نعرض للضرر المحتمل ومدى التعويض عن تفويت الفرصة.

أولا: الضرر الحال والضرر المستقبل:

«يشترط في الضرر أن يكون محقق الوقوع، بأن يكون قد وقع فعلاً، أو سيقع حتماً».

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ١ فقرة ٥٧٢.

(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ١ فقرة ٥٧٣.

والضرر الحال وهو الذي وقع فعلاً لا يثير مشكلة تذكر، ومن أمثلته أن يموت المضرور أو يصاب بجرح في جسمه أو يتلف ماله أو يحرم من مصلحة مالية.

أما الضرر المستقبل، فهو الضرر الذي لم يقع بعد وإنما سيقع في المستقبل فإنه يشترط فيه أن يكون محقق الوقوع. والضرر المستقبل قد يستطاع تقديره فوراً وفي هذه الحالة يقدره القاضي ويحكم به كاملاً. وقد نصت المادة ١٣٤/ ٥ موجبات وعقود لبناني في هذا المعنى على أنه «في الأصل أن الأضرار الحالية الواقعة تدخل وحدها في حساب العوض، غير أنه يجوز للقاضي بوجه الاستثناء أن ينظر بعين الاعتبار إلى الأضرار المستقبلة إذا كان وقوعها مؤكداً من جهة، وكان لديه من جهة أخرى الوسائل اللازمة لتقدير قيمتها الحقيقية مقدماً» وقد لا يستطاع تقديره فوراً لعدم اكتمال عناصر تقدير الضرر، كعامل أصيب في ساقه ولم يعرف بعد ما إذا كان ستبتر الساق أو ستبقى، في هذه الحالة يكون القاضي بالخيار بين الحكم بتعويض مؤقت على أن يحفظ للمضرور حقه في التعويض النهائي بعد أن يستبين مدى الضرر، وبين تأجيل الحكم بالتعويض حتى هذا الوقت (م ١٧٠ مدني).

ويعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، فقد يأخذ التعويض عن الضرر صورة مبلغ إجمالي يدفع مرة واحدة أو على أقساط، وقد يؤخذ صورة إيراد مرتب لمدى حياة المضرور (م ١٧١ مدني).

في بعض الحالات لا يكون الضرر المستقبل متوقعاً وقت الحكم بالتعويض وبالتالي لا يدخله القاضي في حسابه عند تقدير هذا التعويض، ثم تنكشف الظروف عن استفحال الضرر بعد ذلك، كأن تؤدي إصابة العامل إلى وفاته، أو إلى عجزه الكلي، في هذه الحالة يجوز للمضرور أو لورثته أن يطالبوا في دعوى جديدة بالتعويض عما استجد من الضرر مما لم يكن قد دخل في حساب القاضي عند تقدير التعويض الأول، ولا يحول دون ذلك قوة الشيء المقضي به حيث أن الحكم السابق بالتعويض لم يتناول هذا الضرر الجديد ولم يسبق أن حكم بتعوض عنه أو قضي فيه. الأصل أنه لا أثر لتغير قيمة النقود على الحكم بالتعويض بمبلغ من النقود في شكل إيراد مرتب مدى الحياة، ما لم يكن المبلغ المحكوم به قد روعي فيه أن يكون كافياً لنفقة المضرور.

ثانيا: الضرر المحتمل ومدى التعويض عن تفويت الفرصة:

وهنا نعرض للضرر المحتمل، ثم بعد ذلك نتكلم عن مدى التعويض عن تفويت الفرصة.

١ - **الضرر المحتمل**: هو ضرر غير محقق، قد يقع وقد لا يقع، ولا يكون التعويض عنه واجباً إلا إذا وقع فعلاً» وبذلك يختلف الضرر المحتمل عن الضرر المستقبل، إذ أن هذا الأخير ضرر محقق الوقوع وإن لم يقع بعد ولذلك وجب التعويض عنه كما سبق أن رأينا. ومثال الضرر المحتمل أن يحدث شخص بخطئه خللاً في منزل جاره يخشى منه تهدم المنزل. هنا الخلل ضرر محقق حيث أنه وقع بالفعل ويستحق عنه التعويض، أما الخشية من التهدم ضرر محتمل قد يقع وقد لا يقع وبالتالي لا يعوض عنه إلا إذا وقع بالفعل[1].

٢ - **مدى التعويض عن تفويت الفرصة**: إذا كانت الفرصة في ذاتها أمراً محتملاً إلا أن تفويتها أمر محقق، ولذا يتعين التعويض عنها فالتعويض هنا لا ينصب على الفرصة ذاتها لأنها أمر احتمالي وإنما يكون عن تفويت الفرصة. كالتعويض عن تفويت فرصة النجاح في الامتحان، التعويض عن فرصة كسب دعوى النفقة، والتعويض عن تفويت فرصة الترقية إلى درجة أعلى. ولذلك يراعي في تقدير التعويض عن فوات الفرص مدى احتمال الكسب الذي ضاع على المضرور من جراء تفويت الفرصة عليه. والأمر لا شك يتسع فيه مجال الاجتهاد ويختلف فيه التقدير، ولذلك على القاضي أن يأخذ بالأحوط، وأن يتجنب المبالغة في تقدير الاحتمال في نجاح الفرصة.

المبحث الثاني
الضرر الأدبي

وهنا سنعرض لتحديد الضرر الأدبي وشروطه، ثم بعد ذلك لمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي، ولمن له الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، وأخيراً لانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي.

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ١ فقرة ٥٧٥.

أولاً ـ تحديد الضرر الأدبي وشروطه:

الضرر الأدبي على خلاف الضرر المادي لا يصيب الشخص في ماله، وإنما يصيب مصلحة غير مالية. ومثال الضرر الأدبي تشويه الجسم. وخدش الشرف، والاعتداء على السمعة أو العرض والحط من الكرامة، فالضرر الأدبي بصفة عامة هو «كل ما يؤذي شعور الشخص أو عاطفته فيسبب له ألماً أو حزناً».

والضرر الأدبي قد يتصل بضرر مادي، كالاعتداء على الشرف وما يؤدي إليه من فقد المضرور لعمله، وقد لا يتصل بأي ضرر مادي، كمجرد الألم الذي يصيب الوالدين في عاطفتهما بسبب فقد طفلهما».

ويشترط للتعويض عن الضرر الأدبي أن يكون محققاً، أي غير احتمالي.

ثانيا: مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي:

مثار الصعوبة أن الضرر الأدبي يصيب مصلحة غير مالية ومع ذلك يتم تعويضه بمبلغ من المال. ولذلك مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي لم يكن مسلماً به دائماً.

في القانون الروماني كان يؤخذ بمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي في حالات كثيرة ودون تفرقة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصرية.

في القانون الفرنسي القديم، أجيز مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي ولكن تم قصر ذلك على المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية توهماً أن هذا هو حكم القانون الروماني.

وعند وضع نصوص التقنين المدني الفرنسي تناول المشرع مسألة الضرر بنص عام (١٣٨٢) يسمح بالتعويض عن الضرر الأدبي بقدر ما يسمح بالتعويض عن الضرر المادي. وقد أقر القضاء الفرنسي هذا المبدأ منذ عهد طويل في الكثير من أحكامه.

الفقه الفرنسي قد اختلف حول هذا المبدأ، فمنهم من قصر التعويض عن الضرر الأدبي الذي يترتب على جريمة جنائية، ومنهم من يفرق بين الضرر الأدبي المحض، والضرر الأدبي المتصل بضرر مادي، ويرفض التعويض عنه في الحالة الأولى ويجيزه في الحالة الثانية، وهذه آراء لم تسلم من النقد».

ومن الفقهاء من يرفض التعويض عن الضرر الأدبي بصفة مطلقة وذلك على أساس أن التعويض عن هذا الضرر متعذر، إذ أن هذا الضرر بطبيعته غير قابل للتعويض، وحتى إذا كان قابلاً له فإن التعويض فيه يستعصي على التقدير.

في الوقت الحاضر يذهب جمهور الفقهاء إلى جواز التعويض عن الضرر الأدبي مثله مثل الضرر المادي بشرط أن يكون محققاً. وذلك على أساس أن المقصود الحقيقي من تعويض الضرر الأدبي ليس محوه وإزالته وإنما توفير نوع من العزاء عن الألم أو الحزن الذي أصاب المضرور. كما أنه إذا كان من المتعذر تقدير الضرر الأدبي كالألم ألا أنه من الممكن تقدير المقابل الذي يعوض إلى حد ما عنه».

في مصر استقر الفقه والقضاء على مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي وقد تأيد هذا المبدأ في التقنين المدني الحالي بما نصت عليه المادة ٢٢٢ مدني من أنه «يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ولكنه لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء. ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب» وتنص المادة ٢/١٣٤ موجبات وعقود على أن «الضرر الأدبي يعتد به كما يعتد بالضرر المادي والقاضي يمكنه أن ينظر بعين الاعتبار إلى شأن المحبة إذا كان هناك ما يبررها من صلة القربى الشرعية أو صلة الرحم.

ثالثا: من له الحق في التعويض عن الضرر الأدبي:

الأصل أن لكل من أصيب شخصياً بضرر أدبي أن يطالب بالتعويض عنه لكن إذا كان الضرر الأدبي ناشئاً عن وفاة المصاب فيجب التفرقة بين نوعين من الضرر:

١ - **الضرر الذي أصاب المتوفي نفسه**، وهذا لا ينتقل الحق في التعويض عنه إلى ورثته حيث أن المبدأ أن التعويض عن الضرر الأدبي لا ينتقل بالميراث إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب به الدائن أمام القضاء على ما سنرى وهنا لا يتصور شيء من ذلك إذا الفرض أن الشخص قد مات.

٢ - **الضرر الذي أصاب ذوي المتوفي أنفسهم**، وهنا لا يعوض إلا الأشخاص الذين أصابهم ألم حقيقي من وفاته وقد حددهم نص المادة ٢/٢٢٢ مدني بالأزواج

والأقارب إلى الدرجة الثانية. ومعنى ذلك أن التعويض في هذه الحالة يكون للزوج الحي ووالدا المتوفي ووالدته وجده وجدته لأبيه أو لأمه وأولاده وأولاد أولاده وأخوته وأخواته.

ولم يعرض النص إلا لحالة الضرر الأدبي الذي يلحق ذوي المصاب إذا توفي ولم يذكر حكم الحالة التي لم يمت فيها المصاب. ويرى الفقهاء أنه في هذه الحالة الأخيرة لا يتصور أن يعطي تعويضاً عن الضرر الأدبي لغير الأب أو الأم.

في القانون اللبناني:

تنص المادة ٢/١٣٤ موجبات وعقود على أن «... والقاضي يمكنه أن ينظر بعين الاعتبار إلى شأن المحبة إذا كان هناك ما يبررها من صلة القربى الشرعية أو صلة الرحم Alliance».

في هذا النص ترجمة خاطئة للفظ alliance الواردة في النص الفرنسي، فالمقصود به المصاهرة طبقاً للترجمة الصحيحة للفظ الفرنسي[1].

وعلى ذلك يقتصر حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي على الأشخاص الذين تربطهم بالمصاب قرابة نسب أو قرابة مصاهرة. فيدخل فيهم بطبيعة الحال الزوجين. فيحق لأي من هؤلاء الأقرباء بحكم صلتهم هذه بالمصاب أن يطالب بالتعويض عن الضرر الأدبي بشرط أن يثبت أنه قد أصابه ألم حقيقي. وهذا الحكم ينطبق سواء في حالة موت المصاب أو عدم موته، غير أنه في هذه الأخيرة يكون من الصعب أن يحكم القاضي بالتعويض لغير الوالدين والزوج.

رابعاً انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي:

الأصل أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي قاصر على المضرور نفسه وبالتالي لا ينتقل إلى غيره بأي سبب من أسباب الانتقال، كالميراث إلا إذا أصبحت مطالبة المضرور به محققة. وقد حددت المادة ١/٢٢٢ مدني الطريقتين التي يتم بهما

(١) إميل تيان، المرجع السابق، ص ١٢٩، محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٤٣، عبدالمنعم فرج الصده، المرجع السابق، فقرة ٤٧٠.

هذا الانتقال: (١) أن يكون هناك اتفاق بين المضرور والمسئول بشأن التعويض من حيث مبدئه ومقداره. (٢) أن يكون المضرور قد رفع بالفعل الدعوى أمام القضاء ليطالب بهذا التعويض.

وإذا توفي المضرور قبل الاتفاق أو المطالبة على هذا النحو زال هذا الحق بموته ولا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي الذي لحقه إلى ورثته.

ولم يرد في القانون اللبناني نص مماثل في هذا الشأن ومع ذلك يمكن أن يؤخذ فيه بالحل الذي أخذ به القانون المصري لأنه يقوم على اعتبارات مرتبطة بأساس الحق في التعويض عن الضرر الأدبي[1].

الفـرع الثالـث:

علاقـة السببيـة

لا يكفي لقيام المسئولية المدنية حصول ضرر لشخص ووقوع خطأ من شخص آخر، بل لا بدّ أن يكون هذا الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر وإلا انعدمت المسئولية. وقد نصت المادة ١٦٣ مدني على ضرورة توافر ركن السببية بنصها على أن «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض».

فإذا قاد شخص سيارة دون أن يحصل على ترخيص بالقيادة ثم دهس أحد المارة الذي ظهر فجأة في طريقه بحيث لم يكن يستطيع أن يتفاداه، فإنه لا يكون مسئولاً عن هذا الحادث بالرغم من خطئه في القيادة دون ترخيص لانعـدام السببية بين هذا الخطأ والحادث الذي وقع.

لكن تنشأ الصعوبة في تحديد توفر هذه الرابطة عند تعدد الأسباب أو تسلسل الأضرار. كما أن هذه السببية تنعدم إذا توافر السبب الأجنبي. وهنا سندرس على التوالي قيام علاقة السببية، ثم بعد ذلك تعرض لانتفاء رابطة السببية.

---

(١) عبد المنعم فرج الصـده، المرجع السابق، فقرة ٤٧١، ص ٥٩٤.

المبحث الأول
قيام علاقة السببية

ولا تثور مشكلة في تحديد هذه العلاقة إلا إذا تعددت الأسباب بالرغم من وحدة الضرر، وكذلك إذا كان هناك تسلسل للضرر بالرغم من وحدة السبب.

المطلب الأول
تعدد الأسباب ووحدة الضرر

إذا كان الضرر واحد واشتركت في إحداثه عدة عوامل، كان من الصعب تعيين ما يعتبر سبباً حقيقياً لهذا الضرر وما لا يعتبر كذلك. فمثلاً إذا أهمل صاحب سيارة في اتخاذ الاحتياطيات اللازمة للمحافظة عليها فسرقت منه، ثم قادها السارق بسرعة كبيرة فدهس أحد المارة، فهنا اشترك سببان في إحداث الضرر أولهما، تقصير صاحب السيارة، إذ لولا هذا التقصير لما سرقت السيارة ولما وقع الحادث وثانيهما خطأ السارق في القيادة إذ لولا السرعة الكبيرة لما حدث الضرر فهل يعتد بالسببين معاً أم بالأخير منهما فقط؟ ومثال ذلك أن يكون شخص مصاباً بالضعف في القلب فيضربه آخر ضربة ما كانت لتقضي على رجل سليم ولكن تقضي عليه هو، فيعتبر مرضه هو السبب في موته فلا يسأل عن ذلك ضاربه، أم يعتبر الضرب هو السبب ويلزم الضارب بتعويض أهل القتيل عن فقده.

وللإجابة على هذه التساؤلات هناك نظريتان، نظرية تكافؤ الأسباب، ونظرية السبب المنتج.

أولاً: نظرية تكافؤ الأسباب

مؤدي هذه النظرية أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر ـ مهما كان بعيداً ـ يعتبر من الأسباب التي أحدثت الضرر فجميع الأسباب التي تداخلت في إحداث الضرر تعتبر أسباب متكافئة. ويكون للسبب دخل في إحداث الضرر إذا كان لولاه لما وقع الضرر. وعلى ذلك ففي المثالين السابقين يجب الاعتداد بالسببين في المثال

الأول تقصير صاحب السيارة في المحافظة عليها من السرقة، وتقصير السارق في قيادتها، وفي المثال الثاني يعتبر كل من الضرب ومرض القلب سبباً في حدوث الوفاة.

ثانيا: نظرية السبب المنتج

ومؤدي هذه النظرية إنه إذا تداخلت عدة أسباب في إحداث الضرر فيجب التفرقة بين الأسباب العارضة والأسباب المنتجة وبالتالي إقامة وزن للأسباب المنتجة واعتبارها وحدها السبب في إحداث الضرر وإهمال الأسباب العارضة. وعلى ذلك فلا يكفي مجرد وجود عامل معين لاعتباره سبباً في حدوث الضرر بحيث لولاه ما وقع ذلك الضرر كما تذهب إلى ذلك نظرية التعادل الأسباب لأن العوامل المتعددة التي تضافر وجودها لأحداث ذلك الضرر لا يكون نصيبها في إحداثه متعادلاً. فمنها ما كان يكفي وحده لإحداث الضرر ومنها ما لم يكن يكفي لذلك، فيعتبر الأول هو السبب الحقيقي للضرر، ويوصف بأنه السبب الفعال أو المنتج، والثاني مجرد سبب عارض لأنه ليس من شأنه بطبيعته ـ أي وفقاً للمجري العادي للأمور ـ أن يحدث مثل ذلك الضرر وإنما هو قد أسهم في إحداث مصادفة باقترانه بذلك السبب المنتج أو الفعال، فيعتبر هذا الأخير ويهدر السبب العارض.

ولا يقبل القول بأن كلا من السبب المنتج والسبب العارض كان له دخل في إحداث الضرر، ولولاه لما وقع، لأن ذلك يفيد السببية الطبيعية لا السببية القانونية، فالسببية القانونية تقتضي البحث في الأسباب لنحدد السبب الذي يقف عنده القانون من بين الأسباب الطبيعية المتعددة ليعتبره وحده هو السبب الذي أحدث الضرر. **فالسبب المنتج** هو السبب المألوف الذي يحدث الضر في العادة أما **السبب العارض** هو السبب غير المألوف الذي لا يحدث عادة هذا الضرر ولكن أحدثه عرضاً[1].

وعلى ذلك فإنه طبقاً لهذه النظرية يعتبر خطأ صاحب السيارة في المحافظة عليها من السرقة سبباً عرضياً لأنه ليس من المألوف أن يؤدي إلى وقوع الضرر وهو دهس المصاب، أما خطأ السارق في القيادة فهو السبب المنتج الذي يتعين الوقوف عنده

(١) السنهوري، الوسيط جـ ١ فقرة ٦٠٦، مازو، جـ ٢ فقرة ١٤٤١، ١٤٤٢.

والاعتداد به لأن الوضع الطبيعي للأمور أن مثل هذا السبب هو الذي يحدث مثل هذا الضرر.

ـ في نظرية السبب المنتج يكون البحث عن السبب المنتج صعباً وكثيراً ما يكون تحكمياً أما نظرية تكافؤ الأسباب وإن كانت أقل عدالة من نظرية السبب المنتج إلا أنها تمتاز عنها بالبساطة وبأنها توفر مشقة البحث وبالتالي تتفادى التحكم في استظهار السبب الذي أحدث الضرر ولذلك في فرنسا المحاكم لا تعتنق أياً منها بصفة مبدئية بل تلجأ حسب الأحوال إلى أيهما لتوصلها إلى الحل العادل في القضية المطروحة.

المطلب الثاني
وحدة السبب مع تسلسل الأضرار

قد يؤدي الفعل الواحد إلى سلسلة من الإضرار بعقب بعضها بعضاً، فهل يسأل من صدر منه هذا الفعل عن جميع الأضرار مهما بعدت صلتها بالفعل. فمثلاً إذا أصيب شخص في حادثة وترتب على ذلك عجزه عن العمل كلياً، فتراكمت عليه الديون ونفذ الدائنون على ما في يده من مال، فانتابه الحزن فمرض. الخ، فهل يسأل المدعي عليه عن هذه الأضرار كلها أم بعضها فقط؟.

القاعدة أن من يرتكب خطأ يسأل عن جميع الأضرار الناشئة عن ذلك الخطأ. لكن يرد على هذه القاعدة قيداً هاماً وهو أن الشخص الذي وقع منه الخطأ لا يسأل إلا عن الأضرار المباشرة فلا يسأل إذن عن الضرر غير المباشر.

معيار الضرر المباشر: وقد نص صراحة على هذا القيد في المسئولية العقدية في المادة ٢٢١/١ إذ تقول «إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول».

وعلى ذلك فالضرر المباشر هو الذي يعتبر نتيجة طبيعية للخطأ والضرر الذي يعتبر نتيجة طبيعية للخطأ هو الضرر الذي لم يكن في استطاعة المضرور أن يتوقاه ببذل

جهد معقول. أما ما وراء ذلك من الأضرار فأضرار غير مباشرة لا تعتبر نتيجة طبيعية للخطأ حيث كان يمكن للمضرور أن يتوقاها ببذل جهد معقول.

ويلاحظ أن المادة ١٣٤/ ٤ موجبات وعقود لبناني تنص على أن «الأضرار غير المباشرة يجب أن ينظر إليها بعين الاعتبار على شرط أن تكون متصلة اتصالاً واضحاً بالجرم أو شبه الجرم» النص منتقد من ناحيتين: الأولى أنه يتعارض مع المبدأ المسلم به وهو أن الضرر الذي يجب أن يعوض عنه هو الضرر المباشر الذي تربطه بالخطأ رابطة سببية. الثانية أنه ينطوي على تناقض إذ يشترط في الضرر غير المباشر أن يكون متصلاً اتصالاً واضحاً بالخطأ وهذا لا يتصور إلا بالنسبة إلى الضرر المباشر. ولذلك ذهب فريق من الفقهاء إلى نبذ التفرقة بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر وآثر الاكتفاء بأن يكون الضرر متصلاً بالخطأ كنتيجة طبيعية له[1].

المبحث الثاني
انعدام السببية

القاعدة أنه «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك «م ١٦٥ مدني».

وعلى ذلك فإن السبب الأجنبي يؤدي إلى انعدام علاقة السببية بين الخطأ والضرر. والسبب الأجنبي الذي يترتب عليه ذلك هو (١) القوة القاهرة أو الحادث الفجائي (٢) خطأ المضرور (٣) خطأ ا لغير. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

المطلب الأول
القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

وهنا نعرض لماهية القوة القاهرة أو الحادث الفجائي وشروطه، ثم بعد ذلك نتعرف على أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.

(١) خليل جريج، المرجع السابق، ص ١٢٩.

أولاً: ماهيتها وشروطها:

نعرض أولاً للتفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائي ومدى أهميتها، ثم بعد ذلك نتكلم عن شروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.

١ ـ التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائي ومدى أهميتها:

يذهب بعض الفقهاء[١] إلى التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائي لكنهم لم يتفقوا على معيار التفرقة بينهما.

فمنهم من يرى أن معيار التفرقة بينهما يكمن في خصائص كل منهما، فالقوة القاهرة هي الحادث الذي لا يمكن دفعه. أما الحادث الفجائي فهو الحادث الذي لا يمكن توقعه. ومن حيث أثر كل منهما، فإن كل منهما له نفس الأثر، حيث يكفي أن يكون الحادث مستحيل الدفع أو أن يكون غير ممكن التوقع.

في الواقع إن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي لكي ترتب أثرها لا بدّ أن يتوافر لها استحالة الدفع وعدم إمكان التوقع، أي اجتماع الخصيصتين معاً.

ومنهم من يبدأ بالإقرار بضرورة توافر الخصيصتين معافي كل من القوة القاهرة والحادث الفجائي إلا أنهم يرتكنون للتفرقة بينهما على درجة استحالة الدفع في كل منهما. فيرون أنه في القوة القاهرة تكون استحالة دفعها مطلقة، أما في الحادث الفجائي فتكون هذه الاستحالة نسبية.

في الواقع لو سلمنا بهذا المعيار لاستبعدنا الحادث الفجائي من نطاق السبب الأجنبي حيث أنه يشترط لكي يؤدي السبب الأجنبي إلى انعدام السببية أن يكون استحالة دفعة مطلقة لا نسبية.

وأخيرا من الفقهاء من استند في التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي إلى علاقة الحادث الناشىء بالشيء، فإذا كان الحادث خارجياً عن الشيء كان قوة قاهرة، كالعاصفة، والزلازل وما إلى ذلك، وإذا كان الحادث داخلياً ينجم من الشيء ذاته كان حادثاً فجائياً، كانفجار آلة، أو انكسار عجلة وقد رتب هؤلاء الفقهاء على هذه التفرقة

---

(١) جوسران، جـ ٢، فقرة ٤٥١ وما بعدها.

نتيجة هامة، وهي أنه بالرغم من أن كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائي يعتبر حادثاً يستحيل دفعه وغير ممكن توقعه إلا أن القوة القاهرة، باعتبارها خارجية عن الشيء، تعتبر وحدها سبباً لانعدام السببية، أما الحادث الفجائي، باعتباره ذاتياً في الشيء، فإنه لا يؤدي إلى ذلك ويتحمل المدين تبعته، وهذا الرأي لا يستقيم إلا بالنسبة لأنصار نظرية تحمل التبعة، إذ طبقاً لهذه النظرية يجوز أن يكون الشخص مسئولاً عن الحادث الفجائي دون القوة القاهرة.

وبعد عرض هذه الآراء وما شابها من قصور استقر غالبية الفقهاء وجميع أحكام المحاكم على عدم التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي وترتيب نفس الأثر على أي منهما[1].

٢ ـ الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي:

لكي تثبت للقوة القاهرة أو الحادث الفجائي صفة السبب الأجنبي لا بدّ أن يكون الحادث خارجاً عن إرادة المدعي عليه وألا يمكن إسناده إليه بأي حال. ولكي يعتبر الحادث خارجاً عن إرادة المدعي عليه ولا يد له فيه فإنه يجب (أولاً) ألا يكون راجعاً إلى فعله الشخصي أو إلى فعل الأشياء أو الأشخاص الذي يسأل عنهم على النحو السالف بيانه (ثانياً) أن يستحيل عليه دفعه (ثالثاً) عدم إمكان توقعه للحادث.

وبالنسبة للشرط الأول قد عرضنا له خلال دراستنا للواقعة المنشئة للمسئولية، ولذلك يجب أن نعرض هنا للشرط الثاني، والثالث بشيء من التفصيل.

أ ـ عدم إمكان التوقع:

يجب أن يكون الحادث غير ممكن التوقع حتى يعتبر قوة قاهرة أوحادثاً فجائياً، فإذا أمكن توقعه حتى لو استحال دفعة فإنه لا يعتبر قوة قاهرة أوحادثاً فجائياً.

لكن ما هو معيار عدم إمكان التوقع؟ هل يكفي عدم استطاعة المدعي عليه توقع الحادث؟.

في الحقيقة يذهب غالبية الفقهاء إلى ضرورة الأخذ بالمعيار الموضوعي لا

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ١ فقرة ٨٥٦.

بالمعيار الشخصي. بمعنى أن يكون الحادث غير ممكن التوقع من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمور» أي أن هذا المعيار لا يكتفي فيه بالشخص العادي بل ما يزيد عليه، ويجب أن يكون عدم الإمكان مطلقاً لا نسبياً».

وعدم إمكان التوقع لا يرتبط بعدم سبق وقوع الحادث. حيث أنه يمكن أن يعتبر الحادث غير ممكن التوقع بالرغم من سبق وقوعه. فعدم إمكان التوقع يرتبط باستثنائية وندرة وقوع الحادث أو عدم مألوفية وقوعه ولذلك يتعذر على أشد لناس يقظة وبصراً بالأمور توقع وقت حدوثه، فالزلزال مثلاً يعتبر حادثاً نادر الوقوع فيتعذر على الشخص مهما بلغت فطنته وبصره أن يتوقع وقت وقوعه، ولذلك يعتبر الزلزال، بالرغم من سبق وقوعه، قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً فالعبرة في عدم إمكان التوقع بوقت وقوع الحادث ذاته.

ب ـ استحالة الدفع:

يشترط أيضاً في الحادث لكي يكون قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً أن يستحيل دفعه فإذا أمكن دفع الحادث حتى لو استحال توقعه، لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً.

ويشترط في الاستحالة أن تكون مطلقة ولهذه العبارة معنيان كلاهما لازم، فيجب أن يفهم منها أولاً أن الاستحالة لا بدّ أن تكون تامة بمعنى أن يكون قد استحال على المدعي عليه أن يتصرف بخلاف ما فعل، ويجب أن يفهم من ذلك أيضاً أن الاستحالة يلزم أن تكون عامة، فلا تعتبر مطلقة إذا كانت خاصة بشخص المدعي عليه».

ثانيا: أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي:

إذا ثبت أن الحادث راجع إلى القوة القاهرة أو الحادث الفجائي وحدها فلا يكون للمضرور مطالبة المدعي عليه الذي أسند إليه وقوع الحادث ولا المسئول مدنياً عن فعله بتعويض الأضرار التي ألحقها به الحادث.

أما إذا أثبت أن الحادث راجع إلى مساهمة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مع خطأ المدعي عليه كان هذا الأخير مسئولاً مسئولية جزئية تتناسب مع مدى مساهمة خطئه في إحداث الضرر على نحو يبقى معه جانب من الضرر دون تعويض.

المطلب الثاني

خطأ المضرور

متى تثور مشكلة انعدام السببية بخطأ المضرور؟ تثور هذه المشكلة إذا أثبت المدعي عليه في دعوى المسئولية أن المضرور، قد تسبب بخطئه في حدوث الضرر الذي أصابه، أو في استفحال ذلك الضرر بإهماله.

لكن ما مدى تأثير خطأ المضرور في المسئولية الناشئة عن خطأ المدعي عليه؟ للإجابة على هذا السؤال يجب التفرقة بين ما إذا كان أحد الخطأين قد استغرق الخطأ الآخر، أم أن كل من الخطأين بقي مستقلاً عن الخطأ الآخر، وتحقق بذلك اشتراكهما في إحداث الضرر؟.

الفرض الأول: استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر: إذا استغرق خطأ المدعي عليه خطأ المضرور قامت مسئوليته كاملة دون أدنى تخفيف، أما إذا استغرق خطأ المضرور خطأ المدعي عليه انتفت مسئولية المدعي عليه لانعدام السببية. ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر في حالتين: الأولى أن يفوق أحد الخطأين الخطأ الآخر في جسامته، الثانية أن يكون أحد الخطأين نتيجة للخطأ الآخر.

الحالة الأولى: أحد الخطأين يفوق الآخر في جسامته وتتحقق هذه الحالة في صورتين (١) أن يكون أحد الخطأين متعمداً (٢) أن يكون المضرور راضياً بما وقع عليه من ضرر.

الصورة الأولى: الخطأ المتعمد، إما أن يكون الخطأ المتعمد هو خطأ المدعي عليه وإما أن يكون خطأ المضرور.

فإذا كان الخطى المتعمد هو خطأ المدعي عليه، كأن يتعمد المدعي عليه إحداث الضرر فإن مسئوليته تكون كاملة حتى لو ساهم في إحداث الضرر خطأ المضرور غير المتعمد مثال ذلك أن يتعمد سائق سيارة أن يصدم رجلاً كفيفاً يسير في الطريق دون قائد إذ ليس له أن يحتج بأن المضرور ارتكب خطأ بأن كان يسير في الطريق دون قائد وهو مكفوف البصر.

أما إذا كان الخطأ المتعمد هو خطأ المضرور نفسه، كما إذا كان المضرور وهو

الذي تعمد إحداث الضرر فإن خطأه يستغرق خطأ المدعي عليه وتنتفي مسئولية هذا الأخير لانعدام علاقة السببية. مثال ذلك أن يتعمد المضرور إلقاء نفسه فجأ في طريق سيارة مسرعة بقصد الانتحار، فإن خطأه العمد يجب خطأ السائق في الإسراع وبالتالي لا تقوم مسئولية السائق لانعدام السببية.

الصورة الثانية: رضاء المضرور بالضرر الذي يقع عليه. هذه الصورة تتحقق فقط عندما يكون رضاء المضرور بالضرر خطأ منه، في هذه الحالة يخفف هذا الخطأ من مسئولية المدعي عليه كما هو الشأن في الخطأ المشترك. مثال ذلك أن يرضي المضرور بركوب سيارة غير سليمة وهو عالم بذلك، أو أن يرضي المضرور بأن يركب مع سائق يعلم أنه في حالة سكرين في هذين المثالين يكون المضرور مخطئاً ويترتب على خطئه التخفيف من مسئولية المدعي عليه.

لكن إذا بلغ خطأ المضرور في رضائه بالضرر إلى حد من الجسامة بحيث يستغرق خطأ المدعي عليه فإن ذلك يؤدي إلى انتفاء مسئولية المدعي عليه لانعدام علاقة السببية، مثال ذلك صاحب السفينة الذي يرضي عن بينه بنقل مهربات حربية فتصادر سفينته لا يرجع بشيء على صاحب المهربات.

الحالة الثانية: أن يكون أحد الخطأين نتيجة الخطأ الآخر: إذا كان خطأ المضرور هو نتيجة لخطأ المدعي عليه اعتبر خطأ المدعي عليه وحده هو الذي أحدث الضرر وتكون مسئوليته في هذه الحالة مسئولية كاملة. مثال ذلك أن شخصاً يركب مع صديق له في سيارة يقودها هذا الصديق بسرعة، فيفزع الراكب فيأتي بحركة خاطئة يترتب عليها ضرره. الراكب هنا قد أخطأ، ولكن خطأه كان نتيجة لخطأ صاحب السيارة الذي يقود السيارة بسرعة أفزعت ذلك الراكب فتكون هنا مسئولية صاحب السيارة كاملة لا يخفف منها خطأ المضرور.

أما إذا كان خطأ المدعي عليه نتيجة لخطأ المضرور اعتبر خطأ المضرور هو الذي أحدث الضرر، وبذلك تنتفي مسئولية المدعي عليه لانعدام السببية. مثال ذلك أن يدهس سائق سيارة أحد المارة وكان ذلك راجعاً إلى تحول المضرور المفاجىء من جانب الطريق إلى الطريق الآخر دون أي احتياط وكان هذا الخطأ هو السبب الوحيد للإصابة[1].

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ١ فقرة ٥٩٤ وما بعدها.

الفرض الثاني: استقلال كل من الخطأين عن الآخر واشتراكهما في إحداث الضرر:

الفرض هنا أن كلا من الخطأين يعتبر سبباً في إحداث الضرر وأن كلا منهما بقي مستقلاً عن الآخر فلم يستغرق أحدهما الآخر. وبهذا تكون بصدد تعدد في المسئولين، المضرور والمدعي عليه، والقاعدة أنه «إذا تعدد المسئولون عن عمل ضاركانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض»(م ١٦٩ مدني) وعلى ذلك يكون المدعي عليه مسئولاً عن نصف الضرر ويتحمل المضرور النصف الآخر. ومع ذلك يجوز للقاضي أن يعين نصيب كل من المدعي عليه والمضرور في التعويض. والقاضي لا يلجأ إلى التوزيع بالتساوي إلا إذا تعذر تحديد جسامة كل خطأ.

المطلب الثالث
فعل الغير

ولتحديد أثر فعل الغير على مسئولية المدعي عليه يجب أولاً أن يقع خطأ من المدعي عليه ويشترك معه في إحداث الضرر فعل الغير، ثانياً يجب أن يكون فعل الغير خطأ. ثالثاً، يجب ألا يكون الغير الذي ارتكب الخطأ من بين الأشخاص الذين يعتبر المدعي عليه مسئولاً عنهم على النحو السابق بيانه. لكن لا يلزم أن يكون الغير معروفاً. فإن ثبت مساهمة الغير في إحداث الضرر بخطئه دون أن يكون معروفاً فإنه يبقى مع ذلك هذا الخطأ مؤثراً في مسئولية المدعي عليه[1].

ولمعرفة مدى تأثير خطأ الغير على مسئولية المدعي عليه يجب أن نفرق أيضاً بين فرضين، الفرض الأول، استغراق أحد الخطأين للآخر، والفرض الثاني استقلال كل من الخطأين عن الآخر واشتراكهما في إحداث الضرر.

في الفرض الأول: استغراق أحد الخطأين للآخر، إذا استغرق خطأ المدعي عليه خطأ الغير كانت مسئولية المدعي عليه كاملة ولا أثر لخطأ الغير في هذه المسئولية. إذا

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ١ فقرة ٥٩٧.

استغرق خطأ الغير خطأ المدعي عليه كانت مسئولية الغير كاملة ولا أثر لخطأ المدعي عليه في هذه المسئولية.

ويستغرق أحد الخطأين الآخر، إذا كان أحد الخطأين يفوق الخطأ الآخر في جسامته. بأن يكون أحد الخطأين متعمداً، أو أن يكون أحد الخطأين نتيجة للخطأ الآخر.

في الفرض الثاني: استقلال كل من الخطأين واشتراكهما في إحداث الضرر- تعدد المسئولين.

وهذا الفرض يفترض أن أحد الخطأين لم يستغرق الآخر وأن كلا منهما بقي مستقلاً عن الآخر واشتراكهما في إحداث الضرر. وهذا الفرض يتعلق بتعدد المسئولين والقاعدة في هذا الصدد أن تكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض (م ١٦٩ مدني).

وإذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وعلى ذلك يجوز للمضرور أن يرجع على أي من المدعي عليه أو الغير بالتعويض كاملاً ثم يتقاسم المسئولان مبلغ التعويض فيما بينهم. والأصل أن تكون القسمة بينهم بالتساوي إلا إذا استطاع القاضي أن يحدد جسامة كل من الخطأين فعندئذٍ يحدد نصيب كل منهما في التعويض بقدر جسامة الخطأ الذي صدر منه.

الفصـل الثانـي
أثر انعقاد المسئولية

الأثر لمباشر لتوافر أركان المسئولية هو المطالبة بتعويض الضرر. ولذلك يجب أن نعرض لدعوى المسئولية، ثم للحكم في دعوى المسئولية، وأخيراً للتعويض.

المبحـث الأول
دعـوى المسئوليـة

وندرس هنا طرفاً الدعوى، ثم نعرض بعد ذلك لعبء الإثبات، وأخيراً لتقادم الدعوى.

المطلب الأول
طرفا الدعوى

وطرفا الدعوى هو المدعي، وهو المضرور، والمدعي عليه، وهو المسئول أو نائبه أو خلفه العام.

أولاً: المدعي

ونحدد هنا شخص المدعي، ثم نعرض بعد ذلك لضرورة توافر شرط المصلحة في الدعوى التي يرفعها المدعي.

١ ـ **المدعي هو المضرور**: المدعي في دعوى المسئولية هو المضرور، فهو الشخص الذي يحق له أن يطالب بالتعويض، لكن أحياناً ترفع الدعوى باسم المضرور بمعرفة أشخاص آخرين.

أ ـ إذا لم يكن المضرور أهلية التقاضي يرفع الدعوى بواسطة نائبه القانوني كالولي أو الوصي أو القيم.

ب ـ إذا كان المضرور رشيداً قد يرفع دعوى المسئولية نيابة عنه الوكيل أو السنديك في حالة إفلاس المضرور.

جـ ـ إذا كان المضرور قد مات بعد حدوث الضرر فإن الذي يباشر دعوى المسئولية خلفه وهنا يجب أن نميز بين الضرر المادي والضرر الأدبي.

فإذا كان الضرر مادياً انتقل الحق في التعويض إلى ورثته ويستطيع دائن المضرور أن يطالب بهذا التعويض باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة.

أما إذا كان الضرر أدبياً فإنه لا ينتقل إلى خلف المضرور إلا إذا تحدد بموجب اتفاق أو طالب به المضرور أمام لقضاء.

٢ ـ المصلحة الشخصية والمصلحة الجماعية:

قد يتعدد المضرورين عن الخطأ الواحد، فقد يكون الشخص الذي وقع عليه الفعل الضار ذاته، ويعبر عنه بالمضرور أو المصاب الأصلي La victime، وقد يكون شخصاًآخر لحقه ضرر نتيجة للضرر الذي أصاب ذلك المضرور الأصلي، وهو ما يعبر عنه بالضرر المرتد dommage réfléchi ou par ricochet كالضرر الشخصي الذي يصيب الأب بسبب قتل ولده والضرر الذي يصيب الزوجة بسبب إصابة زوجها أو قتله.

ويترتب لكل واحد من المضرور الأصلي أو الأشخاص الذين لحق كلا منهم ضرر مرتد، حق في التعويض متميز عن حقوق الآخرين، ويجوز لكل واحد من هؤلاء الدائنين أن يطالب بالتعويض الذي يستحقه مستقلاً عن الآخرين، فتقبل دعوى الواحد منهم وترفض دعوى الآخرين بحسب ما إذا توافرت شروط استحقاق التعويض أو لم تتوافر. ويجوز لهم أن يجمعوا مطالباتهم في دعوى واحدة، ولكن هذه الدعوى تعتبر مشتملة على دعاوي متميزة، فيحكم لكل واحد منهم بالتعويض الذي يستحقه، وقد

يحكم فيها بإجابة بعض الطلبات دون البعض الآخر، فلا تتأثر دعوى الواحد منهم بدعاوي الآخرين، ولا يكون بينهم تضامن في الدائنية.

وقد يقع الضرر على جماعة، وهنا يجب أن نميز بين ما إذا كانت لهده الجماعة شخصية معنوية أو لم يكن لها ذلك، فإذا كانت للجماعة شخصية معنوية كشركة أو جمعية أو نقابة، فيجب التفرقة بين المصلحة الفردية، لأي فرد من الأفراد الذين تتكون منهم الجماعة، والمصلحة الجماعية الشخصية للشخص المعنوي ذاته، والمصلحة الجماعية العامة التي يقوم عليها هذا الشخص المعنوي باعتباره منتمياً إلى مهنة معينة.

ومثال المصلحة الفردية، أن تمنع النقابة العامل من ممارسة العمل دون حق فإن العامل يرجع على النقابة لحماية مصلحته الفردية.

ومثال الصلحة الجماعية الشخصية، أن يرتكب أحد مديري النقابة خطأ في إدارتها سبب خسارة للنقابة، فترجع النقابة بالتعويض على المسئول ولا يجوز لأي عضو من أعضائها أن يعتبر نفسه هو المضرور.

ومثال المصلحة الجماعية العامة، إن صاحب العمل لم يراع قوانين العمل في مصنعه فإن للنقابة أن ترجع عليه للدفاع عن المصالح العامة للعمل.

أما إذا كانت الجماعة لا تتمتع بشخصية معنوية ، كرجال الجيش ورجال القضاء فإن لهذه الجماعة مصالح عامة قد يعتدي عليها. ومع ذلك لا يجوز لها أن ترجع على المعتدي للمطالبة بالتعويض، كما لا يجوز لأحد باعتباره ممثلاً للجماعة أن يرجع على المسئول بالتعويض. وإنما يجوز لأي فرد من أفراد الجماعة أن يطالب المسئول بالتعويض، بشرط أن يثبت أن ضرراً شخصياً قد لحقه من جراء هذا الاعتداء.

ثانيا: المدعي عليه

وهنا نحدد المدعي عليه في دعوى المسئولية، ثم نعرض بعد ذلك لتعدد المسئولين.

١ ـ المدعي عليه هو المسئول أو نائبه أو خلفه:

ترفع الدعوى على من ارتكب الفعل الضار أو من يكون مسئولاً عن مرتكب ذلك الفعل، كالولي أو الوصي أو القيم إذا كان مرتكب الفعل الضار قاصراً أو محجوراً عليه.

ويحل محل المسئول خلفه كالوارث، ولكن التركة هي التي تكون مسئولة بعد موت المسئول وترفع الدعوى على الوارث بصفته ممثلاً للتركة.

٢ ـ تعدد المسئولين: إذا ارتكب الفعل الضار عدة أشخاص كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر (م ١٦٩ مدني) وعلى ذلك يجوز للمدعي أن يقيم الدعوى عليهم جميعاً كما يجوز له أن يرفع الدعوى على أحدهم ويطالبه بكل التعويض ثم يرجع من دفع التعويض على الباقي بالتساوي أو بقدر جسامة خطأ كل منهم.

المطلب الثاني

عبء الإثبات

يقع عبء إثبات جميع أركان المسئولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر على المدعي. ولما كانت أركان المسئولية التقصيرية كلها وقائع مادية، فإن إثبات أية واقعة منها يجوز بجميع الطرق بما فيها القرائن والشهادة.

لكن قد يعفي القانون المدعي من هذا الإثبات بافتراض وجود أحد هذه الأركان سواء كان هذا الافتراض قابلاً لإثبات العكس أو غير قابل لذلك.

أولاً: افتراض الخطأ:

هذا الافتراض قد يكون قابلاً لإثبات العكس أو قد يكون غير قابل لذلك.

١ ـ افتراض القانون الخطأ في جانب الشخص افتراضاً يقبل إثبات العكس، في هذه الحالة يعفي المضرور من إثبات الخطأ ـ مثال ذلك مسئولية متولي الرقابة على النحو السابق بيانه.

٢ ـ افتراض القانون الخطأ في جانب الشخص افتراضاً لا يقبل إثبات العكس كما في مسئولية حارس الحيوان ومسئولية حارس البناء، في القانون المصري ومالك البناء في القانون اللبناني، ومسئولية حارس الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاص أو حراسة الآلات الميكانيكية في القانون المصري، ومسئولية حارس الأشياء بصفة عامة دون تحديد في القانون اللبناني.

فالقانون هنا يفترض الخطأ افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، ولا يعفي المدين من المسئولية إلا أن يثبت انعدام السببية بين الضرر والخطأ.

ثانياً: افتراض الضرر:

هذا الافتراض قد يكون قابلاً لإثبات العكس وقد يكون غير قابل لإثبات العكس.

١ ـ القانون قد يفترض وجود الضرر افتراضاً لا يقبل إثبات العكس مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٢٢٨ مدني مصري من أنه «لا يشترط لاستحقاق فوائد للتأخير قانونية كانت أو اتفاقية، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير». على ذلك إذا افترضنا أن هناك اتفاقاً بين المضرور والمسئول على مقدار التعويض الذي يدفعه الثاني للأول فإن فوائد التأخير تستحق دون حاجة لإثبات الضرر وليس للمدين أن يثبت عدم وجود ضرر (م ٢٦٥ موجبات وعقود لبناني).

٢ ـ القانون قد يفترض وجود الضرر افتراضاً قابلاً لإثبات العكس. مثال ذلك ما نصت عليه المادة ١/٢٢٤ مدني مصري من أنه «لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرراً» على ذلك إذا اتفق المضرور والمسئول على إعادة الشيء إلى أصله ووضعا شرطاً جزئياً على عدم التنفيذ أو التأخير فيه، وحدد المتعاقدان مداه وقيمته فإن الدائن يستحق هذا التعوض الاتفاقي دون أن يكون عليه إثبات الضرر لوجود قرينة قانونية في صالحه ولكن هذه القرينة تقبل إثبات العكس، فالمدين يستطيع أن يثبت عدم وجود الضرر (قارن م ٢/٢٦٦ موجبات وعقود لبناني).

ثالثاً ـ افتراض رابطة السببية:

كذلك قد يفترض القانون علاقة السببية بين الخطأ والضرر. لكن هذه القرينة دائماً وأبداً قابلة لإثبات العكس في ظل المسئولية القائمة على الخطأ، سواء الثابت أو المفروض وذلك على عكس المسئولية الموضوعية حيث لا يجوز دفع هذه المسئولية بإثبات السبب الأجنبي ما دام الضرر قد وقع من جراء النشاط ولو بغير خطأ من المسئـول.

ولذلك في الحالات التي يفترض فهيا القانون وقوع الخطأ يفترض في نفس الوقت علاقة السببية لكن مع فارق هام وهو أن قرينة الخطأ قد تكون غير قابلة لإثبات العكس أما قرينة السببية فتكون دائماً قابلة لإثبات العكس.

فالمكلف بالرقابة تقوم ضده قرينة الخطأ وقرينة السببية. والقرينتان قابلتان لإثبات العكس. إذ يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسئولية إذا ثبت أنه قام بواجب الرقابة، وهذا هو نفي الخطأ، أو أثبت أن الضرر كان لا بدّ واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية، وهذا هو نفي لعلاقة السببية على النحو السابق بيانه.

وحارس الحيوان وحارس الآلات الميكانيكية والأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة، وحارس البناء، فكل واحد من هؤلاء تقوم ضده قرينة الخطأ وقرينة السببية. وقرينة الخطأ هنا قاطعة لا يجوز إثبات عكسها أما قرينة السببية فيجوز إثبات عكسها بإثبات السبب الأجنبي.

المطلب الثالث
تقادم دعوى المسئولية

نصت المادة ١٧٢ مدني على أن «تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه. وتسقط هذه الدعوى في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع».

«على أنه إذا كانت الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية».

يتبين من هذه المادة أن مدة سقوط دعوى المسئولية التقصيرية تختلف بحسب ما إذا قامت على خطأ مدني لا يعتبر جريمة، أو إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة جنائية.

أولاً: إذا كانت الدعوى قائمة على خطأ مدني لا يعتبر جريمة. وفي هذه الحالة تسقط دعوى المسئولية بأقصر المدتين ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة.

١ ـ تسقط هذه الدعوى بمضي ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عن الضرر. ومن ثم لا يبدأ سريان التقادم من يوم وقوع الضرر، ويترتب على ذلك أنه قد يمضي على وقوع الضرر مدة تزيد على ثلاث سنوات دون أن تتقادم الدعوى المسئولية، وذلك إذا لم يعلم المضرور بالضرر وقت وقوعه أو علم به وقت وقوعه ولكنه لم يعلم بالشخص المسئول عنه. أما إذا علم بالمضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه في اليوم الذي وقع فيه الضرر وهذا ما يحدث غالباً فإن دعوى المسئولية تتقادم بانقضاء ثلاث سنوات من وقت وقوع الضرر.

٢ ـ تسقط هذه الدعوى في كل حال بعد مضي خمس عشرة سنة من يوم وقوع الضرر وهذا لا يتحقق إلا إذا كان المضرور لم يعلم بوقوع الضرر أو بالشخص المسئول عنه إلا بعد مدة طويلة لا تقل عن ١٣ سنة إذا في هذه الحالة تتقادم دعوى المسئولية بانقضاء خمس عشر سنة من وقت وقوع الضرر لأنها الأقصر إذا لم يبق سوى سنتين لتكتمل هذه المدة وهي أقصر من مدة الثلاث سنوات التي ستبدأ في السريان.

ثانياً: إذا كانت دعوى المسئولية نشأت عن جريمة جنائية. في هذه الحالة تتبع الدعوى المدنية الدعوى الجنائية ولكن العكس غير صحيح فإذا كانت الدعوى المدنية تسقط بحسب الأصل بأقصر المدتين ثلاث سنين وخمس عشرة سنة والدعوى الجنائية تسقط بعشر سنين (في الجنايات م ١٥ إجراءات جنائية) فقد يترتب على ذلك أن تسقط الدعوى المدنية قبل الدعوى الجنائية، ومن ثم يمكن أن يحكم على الجاني

بعقوبة جنائية ولا يمكن مطالبته بتعويض بسبب سقوط الدعوى المدنية. هذه النتيجة الشاذة رأى القانون أن يتلافاها فنص على أن الدعوى المدنية لا تسقط قبل الدعوى الجنائية بل تبقى ما بقيت الدعوى الجنائية وذلك حتى يستطيع المضرور أن يحصل على تعويض إذا ما عوقب الجاني.

لكن ليس هناك ما يمنع من أن تسقط الدعوى الجنائية قبل سقوط الدعوى المدنية، كأن لا يعلم المجني عليه بالجاني إلا بعد عشر سنوات، عندئذٍ تكون الدعوى العمومية قد سقطت، وتبقى الدعوى المدنية حيث أنها لا تسقط إلا بعد ثلاث سنوات من تاريخ العلم بحدوث الضرر وبشخص الجاني أوخمس عشرة سنة من تاريخ وقوع الجناية.

وفي القانون اللبناني يجب التمييز كذلك بين الحالتين الآتيتين:

الحالة الأولى : إذا كانت الدعوى قائمة على خطأ مدني لا يعتبر جريمة . لم يرد نص خاص بتقادم هذه الدعوى. ولذلك فهي تسقط بمضي المدة العادية للتقادم وفقاً للقواعد العامة، أي يمضي ١٠ سنوات (م ٣٤٩ موجبات وعقود) تبدأ من اليوم الذي يصبح فيه الحق مستحق الأداء (م ٣٤٨ موجبات وعقود) وهو يوم حدوث الضرر.

الحالة الثانية: إذا كانت دعوى المسئولية نشأت عن جريمة جنائية في هذه الحالة تتقادم الدعوى المدنية يتقادم الدعوى الجنائية أو الجزائية فإذا كان العمل غير المشروع جناية فإن دعوى التعويض تسقط بمضي عشر سنوات من تاريخ وقوع الجناية أو من تاريخ إجراء آخر تحقيق فيها (م ٤٣٨ أصول محاكمات جزائية) وإذا كان هذا العمل جنحه فإن دعوى التعويض تسقط بمضي ثلاث سنوات من تاريخ وقوع الجنحة أو من تاريخ آخر تحقيق فيها (م ٤٣٩ أصول محاكمات جزائية) وإذا كان هذا العمل مخالفة فإن دعوى التعويض تسقط بمضي سنة من تاريخ وقوع المخالفة أو من تاريخ استئناف الحكم الصادر فيها (م ٤٤٠ أصول محاكمات جزائية).

المبحث الثاني

الحكم الصادر في دعوى المسئولية

وهنا سندرس مسألتين، الأولى متعلقة بطبيعة هذا الحكم، والثانية متعلقة بحجية هذا الحكم بالنسبة للقاضي المدني، وحجية الحكم الجنائي بالنسبة إلى القاضي المدني.

المطلب الأول

طبيعة الحكم الصادر في دعوى المسئولية[1]

ترتبط طبيعة الحكم الصادر في دعوى المسئولية بتساؤل سابق وهو عما إذا كان مصدر الحق في التعويض هو العمل غير المشروع أو هو الحكم. فإذا كان مصدر الحكم في التعويض هو العمل غير المشورع فإن الحكم لا يعدو أن يكون كاشفاً لهذا الحق، أما إذا كان مصدر هذا الحق هو الحكم فإن الحكم يكون منشئاً له. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أولاً: الحكم في دعوى المسئولية كاشف أو مقرر للحق في التعويض:

مضمون هذا الرأي أن حق المضرور في التعويض ينشأ عن العمل غير المشروع الذي ارتكبه المسئول. وينشأ هذا الحق من وقت وقوع الضرر لا من وقت ارتكاب الخطأ. وعلى ذلك فالحكم لا ينشىء الحق في التعويض وإنما هو يقرر الحق الذي نشأ وفقاً للقانون من العمل غير المشروع. ويقتصر أثر الحكم على أن يجعل الحق في التعويض مقدراً ومستحقاً وقابلاً للتنفيذ. ويترتب على ذلك عدة نتائج:

١ ـ يستطيع ورثة المضرور أن يرفعوا عن المتوفي الدعوى التي لم يرفعها هذا الأخير حال حياته بصفة خاصة بالنسبة للضرر المادي. وذلك لأن حق المضرور كان

---

(١) انظر في ذلك لالو، المسئولية المدنية، الطبعة الرابعة، فقرة ١١١ مكرر، مازو، جـ ٢، فقرة ٢٤٦، وما بعدها بلانيول وريبير بولانجي، جـ ٢، فقرة ١١٤٣، السنهوري، الوسيط، جـ ١، فقرة ٦٣٧، ٦٣٩.

موجـوداً منـذ وقوع العمل غير المشروع وأن هذا الحق انتقل بعد وفاته إلى خلفه العام.

٢ ـ يجوز للمضرور أن يتصرف في حقه من يوم وقوع الضرر دون أن يكون عليه أن ينتظر حتى صدور الحكم.

٣ ـ القانون الواجب التطبيق هو القانون الذي كان موجوداً وقت وقوع العمل غير المشروع لا القانون الذي يكون موجوداً وقت الحكم.

٤ ـ يسري التقادم في دعوى المسئولية من وقت وقوع الضرر أو من وقت العلم بالضرر وبالمسئول عنه لا من وقت صدور الحكم.

٥ ـ أن المضرور يصبح دائناً بالحق في التعويض من وقت وقوع الضرر فإذا قام المسئول بعد ذلك بإبرام تصرفات إضراراً بالدائنين وحتى يفلت من دفع مبالغ التعويض فإن للمضررو أن يلجأ للدعوى البوليصية حتى ولو لم يصدر بعد الحكم بالتعويض.

٦ ـ للمضرور، إلى جانب التعويض الأصلي، تعويض عن التأخير يسري من وقت وقوع الضرر فالقاضي يقدر التعويض عن الضرر داخلاً في اعتباره الضرر الأصلي والضرر الناشىء عن التأخير في دفع التعويض إلى يوم النطق بالحكم.

أهمية الحكم الصادر بتقرير التعويض:

طبقاً لهذا الرأي إذا كان الحكم لا ينشيء الحق في التعويض، فإنه مع ذلك يقوم الحق ويقدره في الغالب بمبلغ من النقود ومن ثم فهو يقويه ويتجلى ذلك فيما يلي:

١ ـ إن الحق بعد صدور الحكم لا يصبح قابلاً للسقوط بالتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم (م ٣٨٥/ ٢ مدني).

٢ ـ إن المضرور بعد الحصول على حكم واجب النفاذ يستطيع أن يأخذ حق اختصاص على عقار لمدينة ضماناً للحصول على حقه في التعويض.

٣ ـ أن الحق في التعويض بعد صدور الحكم النهائي يصبح قابلاً للتنفيذ به على أموال المدين».

ثانيا: الحكم في دعوى المسئولية ينشىء الحق في التعويض:

مضمون هذا الرأي أن الحق في التعويض لا ينشأ من العمل غير المشروع وإنما

ينشأ من الحكم الصادر في دعوى المسئولية. وعلى ذلك فالحكم الصادر بالتعويض في دعوى المسئولية يعتبر حكماً منشئاً وليس كاشفاً. ويترتب على ذلك النتائج التالية:

١ ـ يجب على القاضي أن يقدر الضرر وقت الحكم.

٢ ـ لا يستحق تعويض عن التأخير إلا من اليوم الذي يحوز فيه الحكم قوة الشيء المقضي.

٣ ـ لا يحتج بالصلح الذي يحصل عليه المسئول على المضرور إذا كان الحكم الذي صدر له بالتعويض لاحقاً على المصادقة على الصلح لأن حقه لم يكن موجوداً وقت الصلح وإنما نشأ بعد ذلك من يوم الحكم.

والرأي الأول هو الأولى بالاتباع حيث أنه أقرب إلى العقل والمنطق أن يكون مصدر الحق في التعويض هو العمل غير المشروع لا الحكم الصادر بالتعويض كما أن الأصل في الأحكام أن تكون كاشفة لا منشئة».

المطلب الثاني
حجية الشيء المقضي في مواد المسئولية

لا تثبت حجية الشيء المقضي إلا للأحكام القضائية القطعية، وهي لا تثبت إلا لمنطوق الحكم وللأسباب التي ارتبط بها المنطوق ارتباطاً وثيقاً بحيث لا يكون له قوام إلا بها.

ولا تثبت حجية الشيء المقضي إلا في حدود النزاع الذي صدر فيه الحكم، ولذلك فإن هذه الحجية نسبية لا تسري إلا بين الخصوم وفي الموضوع ولنفس السبب.

وبصدد الحجية يجب أن نعرض لمسألتين، الأولى حجية الأحكام الصادرة من القضاء المدني في دعوى المسئولية التقصيرية، والثانية حجية الأحكام الصادرة من القضاء الجنائي بصدد الفعل الذي شكل خطأً مدنياً.

أولاً: حجية الحكم المدني بالنسبة للقاضي المدني

تنص المادة ١٠١ إثبات مصري على أن «الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي

تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة. ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين نفس الخصوم، دون أن تتغير صفاتهم، وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً».

والمادة هنا تتكلم عن قوة الأمر المقضي وهذه القوة لا تكون إلا للأحكام النهائية، وهي التي لا تقبل الطعن بطريق الطعن العادي، وهو الاستئناف والمعارضة، ولو كانت قابلة للطعن فيها بطريق غير عادي، كالطعن بالنقض والتماس إعادة النظر، أما حجية الشيء المقضي فإنها تثبت لك حكم قطعي سواء كان هذا الحكم قابلاً للطعن فيه بإحدى طرق الطعن العادية أو غير العادية أوغير قابل لذلك فلا يجوز في دعوى ثانية بين نفس الخصوم، إعادة طرح النزاع ذاته الذي فصل فيه الحكم. وبعد هذه الملحوظة المبدئية نخلص إلى أن الحكم الصادر من قضاء مدني لا يحوز حجيته بالنسبة إلى قضاء مدني آخر إلا إذا توافرت شروط ثلاثة:

١ ـ وحدة الخصوم.
٢ ـ وحدة الموضوع.
٣ ـ وحدة السبب.

ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

١ ـ وحدة الخصوم:

إذا تعدد المضرورون فإن الحكم الصادر في مواجهة أحدهم لا يكون له حجية في مواجهة الباقين لكن هذا الحكم له حجية في مواجهة الخلف العام، والدائنين، والخلف الخاص.

والعبرة في اتحاد الخصوم باتحاد صفاتهم، فإذا رفعت الدعوى من وصي أو قيم بصفته نائباً عمن هو تحت وصايته أو قوامته، أو رفعت عليه الدعوى بهذه الصفة، فإن الحكم الصادر فيها يحوز حجية الشيء المقضي بالنسبة للأصيل الخاضع للوصاية أو القوامة.

٢ ـ وحدة الموضوع:

ويقصد بذلك أن يكون موضوع الدعوى الجديدة هو ذات الموضوع الذي فصل

فيه الحكم السابق. وموضوع دعوى المسئولية هو إصلاح ضرر معين أو جزء من ذلك الضرر بطريقة ما وعلى ذلك فإن الحكم الصادر بشأن دعوى إصلاح ضرر معين أو جزء من ضرر لا يحوز الحجية بالنسبة إلى دعوى إصلاح ضرر آخر ناشىء عن نفس الخطأ وعلى العكس من ذلك فإن الحكم الصادر بشأن دعوى إصلاح ضرر معين أو جزء من ضرر يكون له الحجية بالنسبة إلى دعوى إصلاح نفس الضرر أو نفس الجزء من الضرر بطريقة أخرى.

٣ ـ وحدة السبب:

سبب دعوى المسئولية هو إخلال المسئول بمصلحة مشروعة للمضرور، سواء كانت الوسيلة الذي يتمسك بها المضرور هي أن المسئول ارتكب خطأً عقدياً أو خطأً تقصيرياً، وسواء كان الخطأ التقصيري خطأً ثابتاً أو خطأً مفترضاً، وسواء كان الخطأ المفترض يقبل إثبات العكس أو لا يقبل ذلك. وعلى ذلك إذا كانت الدعوى التي قضي له فيها قد أقامها على أساس خطأ تقصيري فلا يجوز له أن يرفع دعوى أخرى يقيمها على أساس خطأ عقدي إذ تمنع من هذا وحدة السبب.

ثانياً: حجية الحكم الجنائي بالنسبة إلى القاضي المدني

إذا كان كل من الدعويين المدنية والجنائية اللتين تنشآن من الفعل الضار الذي يكون جريمة جنائية دعويين مستقلتين ومتميزتين كل منهما عن الأخرى من حيث الموضوع والخصوم والسبب إذ أن السبب وإن كان هو نفس الفعل الضار الذي يكون جريمة جنائية فهو منظور إليه في كل منهما من زاوية مختلفة عن الزاوية التي ينظر إليها منها إلى الدعوى الأخرى.

ومع ذلك فقد رأى المشرع حرصاً منه على تفادي التضارب بين الأحكام الجنائية والأحكام المدنية أن يجعل للأحكام الجنائية حجية أمام المحاكم المدنية وقبل الكافة.

ولذلك إذا صدر حكم نهائي من محكمة جنائية في جريمة معينة فإن هذا الحكم يقيد القاضي المدني بالنسبة إلى الدعوى المدنية المرفوعة عن نفس الفعل الضار المكون للجريمة.

وقد نصت المادة ١٠٢ من قانون الإثبات على أن «لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً».

وعلى ذلك فالقاضي المدني يرتبط بالحكم الجنائي في الوقائع دون القانون، ثم أنه لا يتقيد به في جميع الوقائع بل في الوقائع التي يكون الفصل فيها ضرورياً لقيام الحكم الجنائي. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

القيد الأول: القاضي المدني يرتبط بالحكم الجنائي في الوقائع دون القانون:

المبدأ أن القاضي المدني لا يرتبط إلا بالوقائع التي فصل فيها القاضي الجنائي ولكنه لا يتقيد بالتكييف القانوني الذي أعطاه القاضي الجنائي لهذه الوقائع من الناحية الجنائية.

فإذا قدم سائق سيارة إلى القاضي الجنائي بتهمة القتل خطأ، ولكن قدر القاضي الجنائي أن الوقائع التي ثبتت لا يمكن تكييفها من الناحية الجنائية بأنها خطأ معاقب عليه، فالقاضي المدني، في هذه الحالة، لا يتقيد بهذا التكييف الجنائي بل يلتزم التكييف المدني للوقائع ومقتضى هذا التكييف افتراض الخطأ في جانب السائق ومن ثم يستطيع القاضي المدني أن يحكم بالتعويض على السائق الذي حكم القاضي الجنائي ببراءته».

القيد الثاني: لا يرتبط القاضي المدني بما فصل فيه القاضي الجنائي من الوقائع إلا بما كان الفصل فيه ضرورياً لقيام الحكم الجنائي.

وعلى ذلك فلا تحوز حجية الحكم الجنائي الوقائع التي لم يكن فصل القاضي فيها ضرورياً لقيام هذا الحكم، وبالتالي لا يرتبط بها القاضي المدني. وقد جرى القضاء على أن لا تحوز حجية الحكم الجنائي لأسباب التي لم تكن ضرورية للحكم بالبراءة أو بالإدانة. ولنرَ ذلك: .

الفرض الأول: إذا كان الحكم الجنائي صادراً بالإدانة:

القاضي المدني لا يتقيد هنا أيضاً إلا بالوقائع التي كان الفصل فيها ضرورياً لقيام الحكم الجنائي. ولنستعرض ذلك بالنسبة لأركان المسئولية.

١ ـ بالنسبة لركن الخطأ فإن القاضي الجنائي لا بدّ وأن يتعرض له وأن يثبته حتى

يستطيع أن يصدر حكم بالإدانة. وعلى ذلك فإنه يتعين على القاضي المدني أن يتقيد في حكم من الناحية المدنية بوجود الخطأ سواء في ركنه المادي أو المعنوي.

فمثلاً إذا أثبت القاضي الجنائي وجود الاعتداء تقيد القاضي المدني بذلك ولا يجوز له أن يقضي على خلافه. وإذا ثبت القاضي الجنائي نسبة الخطأ إلى الجاني تقيد القاضي المدني بذلك. كما أن وصف القاضي الجنائي للخطأ بأنه عمداً أو غير عمد تقيد القاضي المدني لأن هذا الوصف له تأثير في وصف الجريمة وبالتالي في مقدار العقوبة. وعلى العكس من ذلك وصف القاضي الجنائي للخطأ بأنه جسيم أو يسير لا يقيد القاضي المدني.

٢ - بالنسبة لركن الضرر، فإنه في بعض الأحيان يكن التعرض له وإثباته ضرورياً لقيام الحكم الجنائي، وفي أحيان أخرى لا يكون كذلك.

فإذا كان الضرر ركناً في الجريمة الجنائية وقرر القاضي الجنائي في حكمه أن هذا الضرر قد وقع بالمجني عليه تقيد بذلك القاضي المدني، وكذلك إذا نفي القاضي الجنائي وجود الضرر تقيد القاضي المدني بذلك.

- أما إذا كان الضرر ليس ركناً في الجريمة الجنائية، فسواء تعرض له القاضي الجنائي وأثبت وقوعه أو أنكر ذلك فإن القاضي المدني لا يتقيد بذلك.

٣ - بالنسبة لعلاقة السببية، فإنها مرتبطة بالضرر حيث أنه إذا أثبت القاضي الجنائي أن ركن السببية موجود أو غير موجود فمعنى ذلك أنه أثبت وجود أو عدم وجود الضرر. وتقيد القاضي بما يثبته القاضي الجنائي بالنسبة لرابطة السببية يتوقف على ما إذا كان الضرر ركناً في الجريمة من عدمه كما سبق أن رأينا بصدد ركن الضرر.

الفرض الثاني: إذا كان الحكم الجنائي صادراً بالبراءة:

وهنا أيضاً تطبق نفس القاعدة حيث أن القاضي المدني لا يتقيد إلا بما يعد ضرورياً لقيام الحكم بالبراءة والحكم بالبراءة لا يخرج عن ثلاثة صور:

١ - إذا قطعت المحكمة الجنائية بأن الواقعة المسندة إلى المتهم لم تقع أصلاً، أو بأنها لم تقع من المتهم بالذات تقيد بذلك القاضي المدني.

٢ - إذا كان الحكم الجنائي الصادر بالبراءة كان مبيناً على أن ما وقع من المتهم

لا يكون الخطأ الجنائي المعاقب عليه. وهنا تقيد القاضي المدني يتوقف على التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: أن تكون الجريمة المسندة إلى المتهم من الجرائم العمدية. في هذه الحالة لا يستطيع نفي القصد الجنائي عند المتهم نفي وقوع خطأ غير متعمد منه كإهمال أو عدم احتياط، وهنا يجوز للقاضي المدني أن يقضي بالتعويض على أساس الخطأ غير العمد.

الحالة الثانية: أن تكون الجريمة من جرائم الإهمال كجرائم القتل والجرح خطأ، في هذه الحالة لا يكون للحكم بالبراءة قوة الشيء المقضي بالنسبة للقاضي المدني إذا كان مبيناً على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون(م ٤٥٦ إجراءات جنائية) وذلك راجع إلى أن الخطأ الجنائي يختلف عن الخطأ المدني في جرائم الإهمال وبالتالي ليس هناك تناقض بين الحكم بالتعويض والحكم بالبراءة.

٣ ـ إذا كان الحكم بالبراءة مبنياً على الشك في مسئولية المتهم أو على عدم كفاية الأدلة فإن القاضي المدني يتقيد بذلك طبقاً لصريح نص المادة ٤٥٦ إجراءات جنائية حيث تنص على أن «يكون الحكم بالبراءة قوة الشيء المحكوم فيه، سواء بني على انتفاء التهمة أو على عدم كفاية الأدلة».

فإذا حكم بتبرئة متهم من جرية تزوير سند لعدم كفاية الأدلة فإنه لا يجوز الادعاء أمام المحاكم المدنية بتزوير ذلك السند وطلب رده وبطلانه.

المبحث الثالث

التعويض

يتمثل التعويض في قيام المدين به (المسئول عن الفعل الضار) بأداء للدائن (المضرور) يجبر به الضرر الذي لحقه بسبب الفعل الضار.

وهنا سنعرض لطرق التعويض، ولكيفية تقدير التعويض، ووقت تقدير الضرر، وأخيراً الاتفاقات الخاصة المتعلقة بالتعويض.

المطلب الأول:

طرق التعويض

تنص المادة ١٧١ مدني على أن:

١ ـ يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً. ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً.

٢ ـ ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض».

وتنص لمادة ١٣٦ موجبات وعقود لبناني على أن «يكون التعويض في الأصل من النقود، ويخصص كبدل عطل وضرر، غير أنه يحق للقاضي أن يلبسه شكلاً يكون أكثر موافقة لمصلحة المتضرر فيجعله حينئذٍ عينياً، ويمكن أن يكون على الخصوص بطريقة النشر في الجرائد».

وعلى ذلك قد يكون التعويض عينياً، أي بعمل يزيل به المسئول الضرر الذي لحق المصاب، وقد يكون نقدياً، بدفع مبلغ من النقود يعوض الضرر الذي أحدثه، وقد يكون غير نقدي. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

أولاً: التعويض العيني:

لا شك في أن التعويض العيني هو خير وسيلة لجبر الضرر، فإذا كسر شخص زجاج سيارة مملوكة لآخر كان خير تعويض لذلك أن يستبدل بالزجاج المكسور غيره من نوعه، أو إذا أتلف شخص جهازاً للراديو مملوكاً لآخر فإن خير تعويض شراء جهاز آخر من نفس النوع.

ويجوز للقاضي، تبعاً للظروف، وبناءً على طلب المضررو أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كان عليه فالقاضي ليس ملزماً أن يحكم بالتعويض العيني ولكن يتعين عليه أن يحكم به إذا كان ممكناً، وطالب به الدائن.

ولكن الغالب أن يستحيل التعويض العيني، كما هو الحال بالنسبة للضرر الأدبي وكذلك في الأحوال التي يتعذر إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، كأن تصدم سيارة أحد المارة فيبتر ساقه.

ثانياً: التعويض بمقابل:

في الغالب يكون التعويض بمقابل. وقد يكون التعويض بمقابل تعويضاً غير نقدي وذلك كما في دعاوي السب والقذف إذ يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم الصادر بإدانة المسئول في الصحف وهذا ما نصت عليه المادة ٢/١٧١ بقولها: «... على أنه يجوز للقاضي أن يحكم بأداء معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض». (م ١٣٦ موجبات وعقود).

وقد يكون التعويض بمقابل تعويضاً نقدياً وهذا هو ما يغلب الحكم به في دعاوي المسئولية التقصيرية.

والتعويض النقدي مبلغ من المال يحكم به للمضرور بدلاً من التعويض العيني وذلك لجبر ما أصابه من ضرر. هذا المبلغ إما أن يكون مبلغاً مجمداً يدفع للمضرور دفعة واحدة أو أقساطاً، وإما أن يكون إيراداً مرتباً له مدى الحياة أو مدة معينة.

ويجوز للقاضي في حالتي التعويض المقسط والإيراد المرتب أن يلزم المسئول بتقديم تأمين.

ويملك القاضي سلطة اختيار طريقة التعويض التي يراها أكفل من غيرها في جبر الضرر ويسترشد في ذلك بطلبات المضرور وظروف الحال ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض.

والأصل أن يكون التعويض نقدياً جرياً مع الغالب من الأحوال، والاستثناء أن يكون غير نقدي، ولذلك نصت المادة ٢/١٧١ مدني مصري على أن «يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي...» كذلك نصت المادة ١٣٦ لبناني على أن «يكون التعويض في الأصل من النقود، ويخصص كبدل عطل وضرر. غير أنه يحق للقاضي أن يلبسه شكلاً يكون أكثر موافقة لمصلحة المتضرر فيجعله حينئذٍ عينياً. ويمكن أن يكون على الخصوص بطريق النشر في الجرائد».

المطلب الثاني

تقدير التعويض

القاعدة في تقدير التعويض أنه يقدر بقدر الضرر مع مراعاة الظروف الملابسة. ويشمل التعويض ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب وبشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية، للفعل الضار (م ١٧٠ مدني) وعلى ذلك ندرس أولاً، عناصر التعويض، وثانياً، مقدار التعويض.

أولاً: عناصر التعويض:

القاعدة في هذا الصدد أنه يجب أن يكون التعويض مساوياً للضرر. وتنص المادة ١٧٠ مدني على أن القاضي «يقدر مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرر، طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١، ٢٢٢». وتنص المادة ١٣٤/١ موجبات وعقود لبناني على «أن العوض الذي يجب للمتضرر من جرم أو شبه جرم يجب أن يكون في الأساس معادلاً للضرر الذي حل به» على ضوء هذه النصوص نخلص إلى القواعد التالية:

١ - أن التعويض يقدر بقدر الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ، مادياً كان أو أدبياً سواء كان حالاً أو مستقبلاً ما دام محققاً.

ولا يشمل التعويض الضرر غير المباشر، أي الضرر الذي كان المضرور يستطيع أن يتوقاه ببذل جهد معقول، فمثلاً إذا عطل الفعل الضار سيارة نقل مملوكة لتاجر، كان في وسع هذا أن يبادر إلى إثبات حالتها وإصلاحها منعاً لتأخير تجارته، أو أن يشتري أو يستأجر غيرها، فإن لم يفعل فليس له أن يطالب بتعويض عما أصاب تجارته لأن الضرر كان يمكن توقيه ببذل جهد معقول فيعتبر ضرراً غير مباشر. وكذلك إذ جرح شخص في مشاجرة وكان يستطيع أن يضع حداً للضرر بالمبادرة إلى علاج نفسه علاجاً صحيحاً، ولكنه أهمل في ذلك ونشأ عن إهماله زيادة في الضرر، فلا تعتبر هذه الزيادة ضرراً مباشراً ولا تدخل في تقدير التعويض لأنه كان يستطيع أن يتوقاه بالعلاج الصحيح.

٢ - يشمل التعويض ما يعتبر ضرراً مباشراً سواء كاه خسارة لحقت المصاب أوكسباً ضاع عليه، فمثلاً إذا أصاب الفعل الضار مغنياً في أثناء ذهابه إلى حفلة تعهد

بإحيائها، فإن هذا الممثل يستحق تعويضاً عن نفقات العلاج وعما قاساه من آلام باعتبار ذلك خسارة لحقت به، ويستحق أيضاً تعويضاً عن مقدار الأجر الذي كان سيتقاضاه من إحياء تلك الحفلة باعتبار ذلك كسباً ضاع عليه.

٣ ـ التعويض يشمل الضرر المباشر سواء كان متوقعاً أو غير متوقع وذلك بخلاف المسئولية العقدية فالتعويض يقتصر فيها على الضرر المتوقع في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم.

٤ ـ أن يكون التعويض مساوياً لمقدار الضرر ولا محل ـ وفقاً لتقدير القانون ـ للمغايرة في مقدار التعويض حسب جسامة الخطأ، ولا بحسب مركز المسئول من حيث الثراء والفقر، ولا بحسب ما إذا كان المسئول مؤمناً على مسئوليته.

أ ـ لا يجب أن يقدر مبلغ التعويض بحسب جسامة الخطأ. فالخطأ اليسير الذي يؤي إلى ضرر جسيم يجب أن يؤخذ عنه تعويض كامل لأن التعويض لا يقدر وفقاً لجسامة الخطأ وإنما يقدر على أساس الضرر. وهذا فرق ما بين القانون المدني والقانون الجنائي، إذ يقدر الجزاء في هذا لأخير وفقاً لجسامة الخطأ.

ومع ذلك نجد أن القضاء ينزع في الغالب إلى الأخذ في الاعتبار جسامة الخطأ عند تقدير التعويض.

ب ـ يجب إلا يعتد في تقدير التعويض بالمركز المالي للمسئول، فلا يزاد مبلغ التعويض إذا كان المسئول غنياً، ومع ذلك نجد أن القضاء تغليباً لاعتبارات العدالة يميل في الغالب إلى إنقاص مقدار التعويض إذا كان المسئول فقيراً ويزيده إذا كان غنياً.

وإذا كان الأصل ألا يعتد القاضي بظروف المسئول فإنه يعتد على العكس من ذلك بظروف المضرور وذلك لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور بالذات. وهذا هو ما تقصده المادة ١٧٠ مدني بقولها«يراعي في تقدير التعويض الظروف الملابسة». فالقاضي يعتد إذن في تقدير التعويض بالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور، فالجرح الذي يصيب مريضاً بالسكر يكون أخطر من الجرح الذي يصيب السليم.

جـ ـ كذلك يجب ألا يزاد مقدار التعويض إذا كان المسئول مؤمناً على

مسئوليته. ومع ذلك وجود التأمين على المسئولية يشجع القضاء غالباً على الحكم بالتعويض وعلى زيادة مقدار هذا التعويض وذلك حماية للمضرور الذي أصابه الضرر.

ولا يلزم أن تقدر المحكمة تعويضاً خاصاً عن كل عنصر من عناصر الضرر الواجبة التعويض، بل يجوز لها أن تحكم بتعويض إجمالي عن جميع العناصر التي يستحق المضرور تعويضاً عنها، ولا عليها إن قدرت تعويض الضرر الأدبي والضرر المادي بمبلغ واحد دون أن تبين قيمة كل منهما على حدة. لكن تعتبر العناصر المكونة للضرر والتي تدخل في حساب التعويض من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض.

ثانيا: مقدار التعويض:

والقاعدة في هذا الصدد أن مقدار التعويض يجب أن يكون مساوياً قيمة الضرر المباشر، فلا ينقص عنها ولا يزيد.

فيجب أن يقدر القاضي التعويض تقديراً يكفي لجبر لضرر وإعادة المصاب إلى مثل حالته قبل وقوع الفعل الضار دون أن يزيد عن ذلك. ذلك أنه يجب ألا يثري المضرور بغير سبب على حساب المسئول. وعلى ذلك فإنه يجب في تقدير الضرر أن يعتد بدرجة قدم الشيء الذي أتلف من جراء الفعل الضار، فإذا أتلف شخص متاعاً قديماً مملوكاً لآخر فعوضه عنه متاعاً جديداً تعين على المضرور أن يعطي المسئول المتاع التالف القديم حتى لا يجمع بين المتاعين القديم والجديد. وينبغي عليه فوق ذلك أن يرد إلى المسئول الفرق بين قيمة المتاع القديم والجديد وذلك وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب.

على أنه لا يجوز أيضاً أن يقدر التعويض بأقل من قيمة الضرر إلا إذا وجد ما يسوغه في إصابات العمل حيث حدد المشرع التعويضات المختلفة تحديداً جزافياً قد لا يصل إلى جبر كل الضرر، وكما في حالة الخطأ المشترك حيث يتعين خفض التعويض بقدر مسئولية المضرور نفسه واشتراكه في حدوث الضرر».

ويجب أن يكون التعويض جابراً لكل الضرر. وكلما كان الضرر متغير تعين على القاضي النظر فيه لا كما كان عندما وقع، بل كما صار إليه عند الحكم مراعياً التغير في الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها إلى خطأ المسئول أو نقص كائناً ما كان سببه، وذلك

أن الزيادة في ذات الضرر التي يرجع أصلها إلى الخطأ والنقص فيه أياً كان سببه غير منقطعي الصلة به».

ويترتب على هذه القاعدة عدة نتائج.

١ ـ أنه في حالة تعدد المسئولين لا يجوز للمضرور أن يحصل إلا على ما أصابه فعلاً من الضرر.

٢ ـ إذا كان المسئول هو المؤمن له، فلا يجوز للمضرور الذي حصل على تعويض من شركة التأمين أن يحصل من المسئول على التعويض مرة ثانية.

إذا كان المضرور هو المؤمن له ضد الضرر الذي أصابه، فهل يجوز له أن يجمع بين مبلغ التأمين وبين التعويض الذي يجب على المسئول أن يدفعه؟.

للإجابة على هذا السؤال يجب أن يفرق بين: ما إذا كان التأمين على الأشخاص أو على الأشياء.

فإذا كان التأمين على الأشخاص كما إذا كان شخص مؤمناً على حياته أو على ما عسى أن يصيبه من الحوادث ووقع الضرر الذي آمن نفسه منه كان له أو ولورثته أن يرجع بمبلغ التأمين على الشركة وأن يرجع بالتعويض على المسئول عن الحادث ويجمع بين حقين لاختلاف سبب كل منهما (أنظر مادة ٧٦٥ مدني).

أما إذا كان التأمين على الأشياء فقد منع نص المادة ٧٧١ مدني من الجمع بين التأمين والتعويض. لكن يجوز للمضرور فقط أن يرجع على المسئول إذا كان المبلغ المؤمن به غير كافٍ لإصلاح الضرر.

٣ ـ قد يترتب على الفعل غير المشروع أن يترتب للمضرور حق في تعويض وحق في نفقة أو إيراد، فهل يجوز للمضرور أو لورثته الجمع بين الحق في التعويض من المسئول والحق في النفقة أو في الإيراد؟ مثال ذلك أن عاملاً في مصنع يتسبب في إصابة عالم آخر. هنا يستحق العالم قبل رب العمل مبلغاً يقدره قانون إصابات العمل تقديراً جزافياً، ويستحق في الوقت ذاته تعويضاً قبل العامل المسئول عن الحادث، فهل له هنا أن يجمع بين التعويضين؟.

القاعدة أن مبلغ التعويض يجب ألا يزيد عن الضرر الحاصل. لذلك لا يجوز

للمضرور أن يجمع بين التعويضين، فإذا تقاضي التعويض الجزافي من رب العمل لا يجوز له أن يرجع على المسئول إلا بما بقي من الضرر دون تعويض، وإذا رجع المضرور بكل التعويض على المسئول لا يجوز له أن يتقاضى شيئاً من رب العمل.

المطلب الثالث

وقت تقدير الضرر

لتحديد وقت تقدير الضرر يمكن التردد بين وقتين: وقت وقوع الضرر ووقت الحكم على المسئول عن الضرر.

والمشكلة تتمثل في أنه قد تمضي بين هذين الوقتين مدة طويلة يمكن في أثنائها أن يتغير الضرر بأن يخف أو بأن يزيد. فإذا كان لضرر جرحاً فقد يلتئم الجرح، وقد تسوء حالته. وإذا كان الضرر مادياً ينصب على المال فقد تتغير قيمة الأشياء التي وقع عليها الضرر. وعلى ذلك تبدو أهمية التساؤل عن وقت تقدير الضرر هل هو وقت وقوع الضرر أم وقت الحكم؟.

ذهب رأي إلى أنه يجب الاعتداد بقيمة الأشياء وقت وقوع الضرر وذلك على أساس أن العمل غير المشروع هو الذي أنشأ الحق في التعويض وليس الحكم. فالحكم مقرر لذلك الحق وليس منشئاً له، ومن ثم فإن تقدير التعويض يجب أن يحصل وفقاً للعناصر التي كان موجودة وقت نشوء الحق في التعويض أي وقت وقوع الضرر.

وذهب رأي آخر إلى أنه يجب الاعتداد بقيمة الشيء وقت صيرورة الحكم نهائياً وذلك على أساس أن الحكم هو الذي يحدد مقدار التعويض لذلك يجب الاعتداد بجميع العناصر التي توجد وقت الحكم.

وهناك رأي وسط يذهب إلى ضرورة التمييز بين الالتزام بإصلاح الضرر وبين الالتزام بدفع التعويض. فالالتزام بإصلاح الضرر ينشأ وقت وقوع الضرر ولهذا فإن الحق في التعويض ينشأ في ذلك الوقت وهو حق يخلف الورثة فيه مورثهم إذا مات. ولكن هذا الالتزام بإصلاح الضرر يتحول إلى التزام بدفع تعويض وقت الحكم. ولذلك يجب الاعتداد بذلك الوقت في تقدير مبلغ التعويض فيجب إذن أن يعتد بالتطورات التي تكون قد حدثت منذ وقوع الضرر.

وهذا ما يأخذ به القضاء والفقه في مصر (٢).

المطلب الرابع
الاتفاقات الخاصة المتعلقة بالتعويض

وهذه الاتفاقات تتعلق بالإعفاء من المسئولية المدنية أو بتخفيفها أو بتشديدها.

أولاً: الاتفاق على الإعفاء من المسئولية أو على التخفيف منها:

تنص المادة ٣/٢١٧ مدني على أن «يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع».

وعلى ذلك يتضح أن الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية يقع باطلاً بصريح النص. أما بالنسبة للتخفيف من المسئولية فإن القضاء جرى على إبطال هذه الشروط أيضاً، سواء كان التخفيف بإنقاص مدى التعويض، فلا يعوض إلا عن بعض الضرر، أو كان بتحديد مبلغ معين كشرط جزائي يكون هو مبلغ التعويض مهما بلغ الضرر.

والعلة في تقرير البطلان أن أحكام المسئولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام وقد نظمها القانون ذاته على خلاف المسئولية العقدية التي يحدد مضمونها ونطاقها إرادة الأطراف فيستطيعون لذلك التخفيف فيها والإعفاء منها إلا في العمد والخطأ الجسيم.

ثانياً: الاتفاق على التشديد في المسئولية التقصيرية:

وقد يتفق الطرفان على تشديد المسئولية التقصيرية. وهذا التشديد قد يأخذ عدة أشكال كان يتفق على أن يكون الخطأ مفترضاً في جانب المسئول في حالات لا يفترض فيها القانون الخطأ أو يتفق على أن المدين يكون مسئولاً حتى لو لم يرتكب خطأ وبذلك يتحمل تبعة الضرر.

وقد نصت المادة ١/٢١٧ مدني على أنه «يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تحمل تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة» وهذا يعتبر أقصى درجات التشديد حيث أن المدين يتحمل التبعة.

في القانون اللبناني لا يفرق في هذا الشأن بين المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية، حيث يجيز الاتفاق على تعديل قواعد المسئولية التقصيرية بالإعفاء أو التخفيف، وذلك بقيدين:

الأول:لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية أو التخفيف منها عن الفعل العمد (الاحتيال) أو الخطأ الجسيم (الخطأ الفادح) (م ١٣٨ موجبات وعقود لبناني) الذي يرتكبه الشخص نفسه. لكن يجوز هذا الإعفاء من المسئولية عن الفعل العمد والخطأ الجسيم الذي يقع من الغير.

الثاني: لا يجوز الإعفاء من المسئولية أو التخفيف منها عن الخطأ الذي يلحق ضرراً بالشخص أياً كان درجة هذا الخطأ، لأن سلامة شخص الإنسان لا يصح أن تكون محلاً لاتفاقات مالية (م ١٣٩ موجبات وعقود).

خلاصة القول أن القانون اللبناني يجيز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية أو التخفيف منها عن الخطأ التافه أو اليسير، وذلك بالنسبة إلى الضرر الواقع على المال فحسب. إنما يجوز الإعفاء من المسئولية التقصيرية أو التخفيف منها عن الخطأ الذي يصدر من الغير، ولو كان هذا الخطأ فعلاً عمداً أو خطأً جسيماً.

الباب الثاني

الإثراء بلا سبب

ـ تطور قاعدة الإثراء بلا سبب:

يحصل الإثراء بلا سبب عندما يترتب على نفس الواقعة أن يفتقر شخص بينما يثري شخص آخر من جراء ذلك الافتقار. مثال ذلك بناء شخص على أرض يملكها بمواد مملوكة لغيره ويصبح مالكاً للبناء، فإنه يثري بمقدار ما زاد في أرضه بسبب البناء، بينما يفتقر صاحب المواد بمقدار قيمة تلك المواد. مقتضى قاعدة الإثراء بلا سبب أن على كل من أثرى على حساب غيره دون سبب قانوني أن يرد لمن افتقر من جراء هذا لإثراء قدر ما أثرى به في حدود ما لحق المفتقر من خسارة.

هذه القاعدة بالرغم من بديهيتها وارتكازها على قواعد العدالة ومبادىء القانون الطبيعي إلا أنها لم تكن مسلماً بها كقاعدة عامة إلا في زمن متأخر، أواخر القرن التاسع عشر.

فالقانون الروماني لم يعرف الإثراء بلا سبب كقاعدة عامة وإنما أخذ به في حالات خاصة، كدعاوي استرداد ما دفع دون سبب conditiones sine cause ودعاوي الإثراء بلا سبب action de in rem verse.

أما القانون الفرنسي القديم لم يضع قاعدة عامة في الإثراء بلا سبب وإنما قصر تطبيق المبدأ على حالات خاصة انتقلت إليه من القانون الروماني. لكن التطورات اللاحقة في نظرية العقد وبصفة خاصة ظهور نظرية السبب في العقد قد أدت إلى فقد دعاوى استرداد ما دفع دون سبب لكثير من أهميتها، وانحصرت جدواها في الحالات

القليلة التي ينفذ فيها العقد رغم بطلانه أو في الحالات التي يفسح فيها العقد رغم تنفيذه. كما أن دعاوي الإثراء بلا سبب قد اختلطت بدعوى الفضالة واعتبر الفقيه بوتيية الأولى فرعاً للثانية.

في القانون الفرنسي الحديث لم ينص تقنين نابليون على قاعدة عامة للإثراء بلا سبب، وإنما اقتصر على تنظيم حالات، متفرقة أهمها الفضالة. ودفع غير المستحق والمصروفات الضرورية والنافعة، والبناء والغرس في أرض الغير. ودرج القضاء على تطبيق هذه الحالات المتفرقة دون محاولة ردها إلى قاعدة عامة. في مرحلة ثانية اعترف القضاء بقاعدة الإثراء بلا سبب، ولكن على أنها فرع من الفضالة، واعتبر الإثراء بلا سبب فضالة اختل فيها ركن.

لكن الفقه حاول ـ بصفة خاصة أوبري ورو ـ أن يجعل الإثراء بلا سبب قاعدة عامة مستقلة عن الفضالة وأن الحالات الخاصة المتفرقة والواردة في التقنين ليست إلا تطبيقات لهذه القاعدة. وعلى ذلك فإن الإثراء بلا سبب يعتبر في نظرهم مصدراً مستقلاً للالتزام يقوم على قواعد العدالة. وقد سار القضاء في نفس هذا الاتجاه لكن مع تقييد هذه القاعدة بقيدين، الأول أن دعوى الإثراء تعتبر دعوى احتياطية لا يجوز الالتجاء إليها إلا إذا انعدمت السبل القانونية الأخرى. والثاني، يشترط في الإثراء أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى.

ـ قاعدة الإثراء بلا سبب في القانون المصري.

قد استقرت قاعدة الإثراء بلا سبب كمصدر للالتزام في التقنين المدني الحالي بل وقد تحررت من كل القيود، وبصفة خاصة من القيد الخاص بالصفة الاحتياطية والآخر الخاص بضرورة قيام الإثراء وقت رفع الدعوى.

ـ قاعدة الإثراء بلا سبب في القانون اللبناني:

كذلك استقرت قاعدة الإثراء بلا سبب في قانون الموجبات والعقود كمصدر للالتزام يتفرع عنه دفع غير المستحق والفضالة[1] وغيرهما من التطبيقات، ولكنه

(١) اعتبر قانون الموجبات والعقود اللبناني الفضالة عملاً قانونياً صادراً من جانب واحد. ولذلك لم ترد في الباب الخاص بالإثراء بلا سبب كتطبيق له مع دفع غير المستحق. ونظراً لعدم صحة هذ التكييف فإننا نعتبر الفضالة في القانون اللبناني تطبيقاً للقاعدة العامة في الإثراء بلا سبب. انظر =

احتفظ بالقدين اللذين يردان على القاعدة في الفقه والقضاء الفرنسي، فنص على أن دعوى الإثراء دعوى احتياطي، واشترط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى.

ـ **خطة الدراسة**: لدراسة الإثراء بلا سبب سنعرض في:

الفصل الأول: القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب.

الفصل الثاني: أهم تطبيقات الإثراء بلا سبب.

= أيضاً عبد المنعم فرج الصده، المرجع السبق، فقرة ٥٥٨، ص ٧١٠ هامش ٢.

الفصـل الأول
القاعدة العامة للإثراء بلا سبب

ـ طبيعة الإثراء بلا سبب:

السؤال المحوري هو هل يمكن رد الإثراء بلا سبب إلى نظرية الفضالة المنصوص عليها في التقنين المدني الفرنسي. وجوهر هذا الرأي أن الإثراء بلا سبب فضلة ناقصة تخلف فيها قصد التدخل لتدبير شأن عاجل للغير. وأهم الانتقادات التي وجهت إلى هذا الرأي أن هناك فروقاً جوهرية تميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب، فمن حيث الطبيعة نجد أنه يشترط لوجود الفضالة أن يكون عند الفضولي قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، أما في الإثراء فلا يشترط أن يكون عند المفتقر نية القيام بأمر لحساب آخر وإنما يكفي تحقق الإثراء دون سبب قانوني. الاختلاف من حيث الطبيعة له انعكاس على نتيجة كل منهما، فحيث أن الفضولي يقوم بعمل ذي طابع غيري لذلك فإن القانون يلزم رب العمل بأن يرد له المصاريف النافعة التي صرفها حتى ولو لم ينتج عن هذه المصاريف منفعة لرب العمل، بينما في الإثراء بلا سبب حيث لم يقصد المفتقر أن يؤدي خدمة للمثري، لذلك فإنه لا يجوز للمفتقر الرجوع على المـثري إلا بأقل القيمتين قيمة الافتقار وقيمة الإثـراء.

وفريق آخر من الفقهاء حاول إسناد الإثراء بلا سبب إلى أحكام المسئولية التقصيرية، على أساس أن الإثراء في هذه الحالة يعتبر عملاً غير مشروع، فلا يجوز للمثري إستبقاءه وإلا ارتكب خطأ يخول الرجوع عليه وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية. وأهم الانتقادات التي وجهت إلى هذه النظرية أن الإثراء واقعة لا تعد في ذاتها خطأ، بل هو عمل نافع، فكيف توصف بأنها عمل غير مشروع. كما أنه إذا أقمنا

دعوى الإثراء بلا سبب على أساس المسئولية التقصيرية لوجب أن يكون للمفتقر الحق في الحصول على تعويض كامل، على حين أن المفتقر لا يستطيع الرجوع على المثري إلا بأقل القيمتين، قيمة الافتقار وقيمة الإثراء.

وأخيراً حاول أنصار نظرية تحمل التبعة رد الإثراء، بلا سبب إلى هذه النظرية. وذلك على أساس أن النشاط الضار يقابله الالتزام بتحمل تبعة التعويض، فإن النشاط النافع يقابله الحق في استرداد الإثراء بلا سبب. ولكن هذه النظرية تخرج بنظرية الإثراء عن حدودها المعروفة حيث أن مؤداها أن يكون لكل من ترتب على نشاطه إثراء لغيره أن يرجع على هذا الغير بكل ما أثرى ولو لم يكن هناك افتقار في حين أن الافتقار يعتبر شرطاً ضرورياً في دعوى الإثراء، فإذا لم يكن هناك افتقار فلا يجوز الرجوع ولو كان هناك إثراء.

الخلاصة: يتبين مما تقدم أن الإثراء بلا سبب لا يمكن رده إلى غيره من مصادر الالتزام وإنما يعتبر في ذاته مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام.

وهذا يستدعي دراسة متى يتحقق الإثراء بلا سبب؟ ثم دراسة أثر تحقق الإثراء.

الفرع الأول:
تحقق الاثراء بلا سبب

نصت المادة ١٧٩ مدني مصري على أن «كل شخص، ولو غير مميز، يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحق من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد».

ونصت المادة ١٤٠ موجبات وعقود لبناني على أن «من يجتني بلا سبب مشروع كسبا يضر بالغير يلزمه الرد».

وتنص المادة ١٤١ على «أن موجب الكاسب تجاه المكتسب منه لا يتحقق على هذا الشكل وبناءً على هذا الأصل إلا إذا توافرت الشروط الآتية:

١ ـ أن يكون قد حصل الكاسب المزعوم على كسب سواء أكان هذا الكسب مباشراً أم غير مباشر، مادياً أم أدبياً.

٢ ـ أن يكون المكتسب منه قد خسر مقابل هذا الكسب في ملك أو مال تفرغ عنه أو خدمة قـام بها.

٣ ـ أن يكون الكسب المتحقق والخسارة المقابلة مجردين عن سبب قانوني يرتكزان عليه.

٤ ـ أن لا يكون للمكتسب منه، كي ينال مطلوبه، سوى حق المداعاة المبني علي حصول الكسب، وهذا الحق له صفة ثانوية بالنسبة إلى سائر الوسائل القانونية.

وتنص المادة ١٤٢ على أنه «لا يلزم الكاسب بالرد إلا بقدر الكسب الذي يكون له يوم الادعاء، ما لم يتضمن القانون نصاً على العكس» «ويكون الأمر بخلاف ذلك إذا كان الكاسب سيء النية وقت الكسب، فعندئذٍ يصبح مسئولاً عن كل ما كسبه أية كانت الحوادث التي تقع بعد ذلك من هلاك أو تفرغ أو تعيب، ويتحمل في هذه الحال جميع المخاطر ويلزم برد جميع النتائج التي جناها أو كان يجب أن يجنيها، ولا يحق له إلا المطالبة بالنفقات الضرورية».

وهنا ندرس شروط تحقق الإثراء، ثم نؤكد على كفاية هذه الشروط.

المبحث الأول
شروط تحقق الإثراء

وهذه الشورط ثلاثة، الإثراء، والافتقار، وانعدام السبب القانوني.

المطلب الأول
الإثـــراء

ونعرض هنا للمقصود بالإثراء، ثم نتعرف بعد ذلك على صور الإثراء.

أولاً: المقصود بالإثراء:

يقصد بالإثراء كل منفعة مادية أو معنوية يمكن تقويمها بالمال ويغلب أن يتكون

الإثراء من نفع مادي، وقد كانت هذه هي الفكرة القديمة في الإثراء. إذ كان ينظر إلى دعوى الإثراء على أنها تقصد بصفة أساسية إلى استرداد قيمة مالية انتقلت من ذمة إلى أخرى.

أما الاتجاه الحديث في الإثراء فيرى أنه لا يلزم أن يقتصر الإثراء على اكتساب مال جديد أو زيادة في قيمة المال. بل يمكن أن يشمل الإثراء المعنوي الذي يتعلق بالمنافع ذات الطابع الشخصي كتقديم مشورة قانونية أو طبية، أو تقديم مأوى أو أطعمة، أو كمصاريف التعليم وكتحسين حالة المريض. بل أكثر من ذلك أصبح من الجائر أن يكون للإثراء طابع أدبي بشرط أن يكون قابلاً للتقويم المالي.

ثانيا: صور الإثراء:

والإثراء قد يكون إيجابياً أو سلبياً، كما قد يكون مباشراً أو غير مباشر. ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

١ ـ الإثراء الإيجابي والإثراء السلبي:

الأصل أن يكون الإثراء إيجابياً، أي أن يدخل قيمة مالية في ذمة المثري. ويستوي أن يكون ما اكتسبه المـثـرى حقاً شخصياً أو حقاً عينياً أو حتى الحصول على منفعة مال مدة ما، كسكني منزل بدون عقد إيجار، أو الحصول على مجرد منفعة أياً كانت، كالاستفادة من تصميم مهندس، أو من لحن موسيقي، أو من وساطة سمسار، إذا تمت الصفقة بعد ذلك بعيداً عنه.

لكن يمكن كذلك أن يكون الإثراء سلبياً أي أن يجنب شخص شخصاً آخر القيام بمصروفات لازمة تؤدي إلى إنقاص الجانب الإيجابي لذمته كان يقوم المستأجر بالترميمات الجسيمة التي تقع أصلاً على المؤجر، أو كأن يوفي شخص بدين على شخص آخر، وكتاجر يؤمن احتياجات الزوجة التي يلتزم بها أصلاً الزوج. في كل هذه الأمثلة يتكون الإثراء من تجنيب شخص شخصاً آخر القيام بما يجب عليه فيؤدي ذلك إلى عدم إنقاص الجانب الإيجابي لذمته مما يتساوى في النهاية مع زيادة الجانب الإيجابي للذمة. ومن صور الإثراء السلبي أيضاً أن يجنب الشخص خسارة كان وقوعها محتماً فيثري إثراءً سلبياً بقدر ما يجنب من خسارة، مثال ذلك الجار الذي يتلف متاعاً

له حتى يطفىء حريقاً شب في منزل جاره، وربان السفينة يلقي ببعض ما تحمل السفينة حتى ينقذ السفينة من الغرق».

٢ ـ الإثراء المباشر والإثراء غير المباشر:

ويتحقق الإثراء المباشر عندما تنتقل قيمة مالية مباشرة من ذمة المفتقر إلى ذمة المثري، إما بفعل المفتقر كأن يدفع شخص ديناً على غيره، وأما بفعل المثري، نفسه، كمن يبني على أرضه بأدوات مملوكة لغيره.

ويتحقق الإثراء غير المباشر إذا انتقلت قيمة مالية من ذمة المفتقر إلى ذمة المثري عن طريق تدخل أجنبي، سواء اتخذ فعل الأجنبي صفة العمل المادي، كمن يبني بأدوات غيره في أرض شخص آخر، أو اتخذ صفة العمل القانوني، كقيام المشتري لسيارة بإصلاحها ثم يفسخ عقد البيع بعد ذلك دون أن يكون المشتري قد دفع مصاريف الإصلاح فيرجع بها الميكانيكي على البائع، والأجنبي هنا هو المشتري، خاصة بعد فسخ عقد البيع، تدخل بعمل قانوني، عقد المقاولة، أدى إلى إثراء البائع بمقابل مصاريف الإصلاح وافتقار الميكانيكي بها.

المطلب الثاني:

الافتقار

ـ **افتقار ترتب عليه إثراء:** هذا الشرط جوهري في الإثراء بلا سبب فحيث لا يكون هناك افتقار في جانب الدائن فلا يجوز له أن يطالب المدين مهما كان الإثراء الذي حصل عليه من نشاط الدائن. مثال ذلك إذا أنشأ شخص حديقة غناء في منزله يطل عليها منزل الجار فترتب على ذلك أن ارتفعت قيمة منزل الجار. في هذا المثال قد أثري الجار بالفعل ومع ذلك لا يجوز لصاحب الحديقة أن يرجع عليه بشيء وذلك لأنه لم يفتقر من جراء ذلك وأن كل ما أنفقه في إنشاء الحديقة قد عاد عليه بالفائدة التي قدرها فهو قد أخذ مقابل ما أنفقه ولم يخسر شيئاً.

ولذلك يشترط أن توجد علاقة سببية مباشرة ما بين افتقار الدائن وإثراء المدين. ولدراسة الافتقار يجب أن نعرض لوجوب تحقق الافتقار وصوره، ثم نتكلم بعد ذلك عن علاقة السببية المباشرة بين الافتقار والإثراء.

أولاً: ضرورة تحقق الافتقار وصوره:

للرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب يجب أن يقابل إثراء شخص افتقار شخص آخر حيث أن المثري لا يلزم إلا بدفع أقل القيمتين، قيمة الإثراء وقيمة الافتقار فإذا تحقق الإثراء دون افتقار استحال الرجوع بدعوى الإثراء، وبالتالي تفقد قاعدة الإثراء بلا سبب أهم أركانها. مثال ذلك أن تقوم شركة بإنشاء مصانع في منطقة نائية مما ترتب عليه ارتفاع قيمة الأراضي المجاورة، فلا يجوز للشركة الرجوع على أصحاب الأراضي المجاورة بقيمة ما أثروا به، لأن هذا الإثراء لم يقابله افتقار في جانبها.

ـ صور الافتقار:

الافتقار قد يكون إيجابياً أو سلبياً، وقد يكون مباشراً أو غير مباشر. الافتقار الإيجابي يتمثل في خروج قيمة مالية من ذمة المثري فقد يفتقد المفتقر حقاً عينياً أو شخصياً أو أن ينقص حق له، مثال ذلك أن يدفع شخص ديناً في ذمة غيره.

والافتقار السلبي يتحقق عندما يفوت على الشخص منفعة كان من حقه الحصول عليها. مثال ذلك أن يسكن شخص منزل الآخر دون عقد إيجار.

أما بالنسبة للافتقار المباشر وغير المباشر فإنه يقابل تماماً الإثراء المباشر وغير المباشر. بمعنى أن كل إثراء مباشر يقابله افتقار مباشر وكل إثراء غير مباشر يقابله إفتقار غير مباشر على النحو السابق بيانه.

ثانياً: السببية المباشرة بين الافتقار والاثراء:

لا يكفي قيام الإثراء في ذمة شخص والافتقار في ذمة آخر حتى يتسنى الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب وإنما يلزم أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة بين الإثراء والافتقار، بمعنى أن هذا الإثراء ناشيء عن هذا الافتقار، وأن هذا الافتقار سببه ذلك الإثراء.

وتكون السببية من الوضوح بمكان كلما كان كل من الإثراء والافتقار راجعاً إلى واقعة واحدة، كما لو دفع شخص دين غيره، فواقعة دفع الدين هي السبب المباشر في افتقار الأول وفي إثراء الثاني.

لكن ليس من الضروري أن تكون واقعة واحدة هي السبب المباشر لكل من الإثراء والافتقار، بل يكفي لقيام السببية المباشرة التحقق من أن إثراء المدين ما كان ليتحقق لولا افتقار الدائن، والمسألة هنا مرجعها تقدير قاضي الموضوع.

وإذا تعددت أسباب الإثراء فإنه يجب الوقوف عند السبب المنتج للإثراء لتحديد السببية المباشرة بين الافتقار والإثراء، بمعنى أنه إذا تبين أن الافتقار هو السبب المنتج للإثراء تحققت السببية المباشرة بينهما.

المطلب الثالث:

انعدام السبب القانوني للإثراء

وهنا يجب أن نعرض أولاً، للمقصود بإنعدام السبب، وثانياً، المقصود بالسبب القانوني.

أولاً: المقصود بانعدام السبب:

يشترط لرجوع المفتقر على المثري بأقل القيمتين، الإثراء أو الافتقار، ألا يكون للإثراء سبب، أي أن الإثـراء يتجرد عن أي سبب يبرره.

يتضح مما سبق أنه لو كان للإثراء سبب أياً كان لما كان هناك محل للاسترداد. لكن يبقى السؤال مطروحاً ما هو المقصود بالسبب الذي يؤدي انعدامه إلى إعطاء المفتقر حق الرجوع على المثري بدعوى الإثراء؟ هذا هو موضوع الفقرة التالية.

ثانيا: المقصود بالسبب:

وهنا سنعرض للآراء المختلفة في تحديد المقصود بالسبب، ثم بعد ذلك نحدد السبب القانوني المانع من الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب.

١ ـ الاختلاف حول تحديد المقصود بالسبب:

اختلف الفقه حول تحديد المقصود بالسبب القانوني للإثراء الذي يحول دون رجوع المفتقر على المثري بدعوى الإثراء.

فمن الفقهاء من ذهب إلى أن الإثراء يعتبر بلا سبب إذا كان غير عادل، بمعنى أنه ليس من العدل أن يستبقى المثري ما أفاد من الإثراء دون أن يرد منه شيئاً للمفتقر، أما إذا كان عادلاً فإن للمثري أن يستبقى ما أثرى به دون أن يرد منه شيئاً للمفتقر. ويعاب على هذا الرأي أنه ربط فكرة الإثراء بلا سبب بفكرة غامضة غير محددة، وهي العدالة، مما يؤدي إلى عدم وضوح القاعدة ويجردها من أسباب الثبات والاستقرار.

ومنهم من يذهب إلى أن للسبب معنى اقتصادياً قانونياً، فالسبب هو العوض عن الإثراء. فإذا كان للإثراء عوض فلا يحق للمفتقر الرجوع على المثري بشيء. لكن ما هو المقصود بالعوض equivalent في هذا المجال؟ اختلف هؤلاء الفقهاء فيما بينهم حول تحديد المقصود بالعوض. فمنهم من يقول بأن البديل équivalent من الناحية الاقتصادية، وهو الحق الأدبي droit moral من الناحية الخلقية، ومنهم من يقول بأنه المقابل contre - partie، ومنهم من يقول بأنه النظير contreprestation، أي الإداء المقابل، وكما هو واضح لم يتفق الفقهاء على معنى محدد للسبب وإنما استخدموا العديد من المصطلحات التي تتسم بالغموض.

٢ ـ السبب هو السند القانوني الذي يخول المثري حق الإبقاء على الإثراء:

هذا السند القانوني قد يكون تصرفاً قانونياً وقد يكون حكماً من أحكام القانون.

أ ـ سبب الإثراء تصرف قانوني:

ويقصد بالتصرف القانوني العقد والتصرف القانوني بالإرادة المنفردة. فإذا وجد عقد صحيح فإنه لا مجال لتطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب في العلاقة بين المتعاقدين إذ أن هذه العلاقة يحكمها العقد أو يرجع إليه في تحديد حقوق كل من الطرفين. وكذلك الحكم إذا كنا بصدد تصرف قانوني بالإرادة المنفردة وعلى ذلك فالمقاول الذي يتعاقد مع العميل مقابل أجر إجمالي فإنه يمتنع عليه الرجوع بأية زيادة في الأجر بدعوى الإثراء لو حدث في التصميم تعديل أو إضافة.

ولكن إذا كان الغالب أن يتم العقد الذي هو سبب الإثراء بين المثري والمفتقر، إلا أنه ليس هناك ما يمنع أن يكون العقد قد تم بين المثري والغير ويقوم مع ذلك سبباً قانونياً للإثراء يمنع المفتقر من الرجوع على المثري. مثال ذلك أن يلتزم مستأجر محل

تجاري برد أدوات المحل التجاري في حالة جيدة عند انتهاء الإيجار إلى المالك. وتنفيذاً لذلك يقوم المستأجر بشراء أدوات جديدة يسلمها إلى المالك بالرغم من عدم دفعه ثمنها إلى البائع. في هذه الحالة لا يجوز للبائع الرجوع على المالك بدعوى الإثراء لأن إثراء المالك كان له سبب وهو العقد المبرم بينه وبين المستأجر. وقد يثري شخص على حساب آخر ويهب ما أثرى به إلى شخص ثالث، فلا يستطيع المفتقر في هذه الحالة أن يرجع بدعوى الإثراء على الموهوب له، لأن هذا قد أثرى لسبب قانوني وهو عقد الهبة، وإن لم يكن المفتقر طرفاً في هذا العقد».

ب ـ سبب الإثراء حكم من أحكام القانون:

قد يكون سبب الإثراء حكم من أحكام القانون فيمتنع على المفتقر أيضاً الرجوع على المثري بدعوى الإثراء، كاكتساب شخص ملكية شيء بالتقادم، فلا يجوز للمالك الأصلي الرجوع عليه بدعوى الإثراء، لأن التقادم يعتبر سبباً لكسب الحق العيني. وكذلك إذا قام شخص بالوفاء للدائن المرتهن بدينه ليحل محله في الدين ثم أغفل في القيام بالإجراءات القانونية اللازمة لذلك الحلول فتقدم عليه دائن مرتهن آخر متأخراً عنه فإنه لا يجوز له الرجوع على هذا الأخير بدعوى الإثراء لأن تقدمه في المرتبة له سبب هو حكم القانون».

المبحث الثاني:
كفاية هذه الشروط في القانون المصري

جرى الفقه والقضاء في فرنسا على أن يقرر أن دعوى الإثراء دعوى احتياطية لا يجوز الالتجاء إليها إلا إذا انعدمت كل وسيلة قانونية أخرى وأن الإثراء الذي يطالب المفتقر باسترداده يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى.

في التقنين المدني المصري يكتفي فقط بأن يكون هناك افتقار من جراء الإثراء وأن لا يكون له ـ أي للإثراء ـ سبباً قانونياً حتى يجوز للمفتقر أن يرجع بدعوى الإثراء على المثرى. وعلى ذلك سنؤكد على عدم ضرورة أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية، كما لا ضرورة لأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى.

أولاً: انتفاء الصفة الاحتياطية عن دعوى الإثراء:

وهنا سنعرض أولاً، لعلة الصفة الاحتياطية، وثانياً، لتحرير الدعوى من الصفة الاحتياطية.

١ ـ **علة الصفة الاحتياطية**: يقصد بالصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء أنه لا يجوز الالتجاء إليها إلا إذا انعدمت كل وسيلة قانونية أخرى أمام المدعي.

وكان السبب في منشأ هذه الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء هو تحرر هذه الدعوى من تبعيتها لدعوى الفضالة لتصبح دعوى مستقلة فأراد الفقه البحث عن قيد تنضبط به هذه الدعوى فلا تطغى على جميع نواحي القانون. وقد وجد الفقه ضالته المنشودة في الصفة الاحتياطية لهذه الدعوى، فقرر أنه يشترط في دعوى الإثراء بلا سبب ألا يكون هناك لدى المدعي «دعوى أخرى ناشئة من عقد أو شبه عقد أو جريمة أو شبه جريمة» وقد اتبع القضاء الفقه في ذلك بحكم شهير لمحكمة النقض الفرنسية صادر في ١٢ مايو ١٩١٤. وبالرغم من ذلك من الفقهاء من شكك في الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء، وتساءل لماذا لا تكون دعوى أصلية» لكن لا تزال دعوى الإثراء عند جمهور الفقهاء في فرنسا وعند القضاء الفرنسي دعوى احتياطية. ولذلك نصت المادة ١٤١ موجبات وعقود لبناني على أنه يشترط لإلـزام الكاسب بالرد «أن لا يكون للمكتسب منه، كي ينال مطلوبه، سوى حق المداعاة المبني على حصول الكسب، وهذا الحق له صفة ثانوية بالنسبة إلى سائر الوسائل القانونية».

٢ ـ تحرير دعوى الإثراء من الصفة الاحتياطية:

هناك ارتباط وثيق بين الصفة الاحتياطية للدعوى وتحديد المقصود بسبب الإثراء. وقد رأينا اختلاف الفقه الفرنسي حول المقصود بسبب الإثراء. ولذلك فإنه متى انضبط معنى سبب الإثراء لم تعد هناك فائدة تذكر للقول بالصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء حيث أن هذه الدعوى يجب لمباشرتها ألا يكون للإثراء سبب.

في مصر أصبح معنى سبب الإثراء منضبطاً وحمل على معنى السند القانوني الذي يخول المثري حق الإبقاء على الإثراء. وهذا السبب إما أن يكون عقداً أو حكماً من أحكام القانون. ولذلك نجد أن دعوى الإثراء في القانون المدني المصري دعوى

أصلية ليس لها أية صفة احتياطية وهي تقف جنباً إلى جنب مع دعوى العقد ودعوى المسئولية التقصيرية. ولم يشترط القانون المدني المصري لقبول دعوى الإثراء ألا تكون للمضرور دعوى أخرى للحصول على حقه كما فعل القانون المدني الإيطالي حيث نص في المادة ٢٠٤٢ على أن «لا تقبل دعوى الإثراء إذا كانت للمضرور دعوى أخرى يستطيع استعمالها لإصلاح الـضـرر». وكذلك نص المادة ٤/١٤١ موجبات وعقود لبناني.

ثانيا: لا ضرورة لأن يكون الاثراء قائما وقت الدعوى:

وهنا أيضاً سنعرض لعلة اشتراط أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى، ثم نبين كيف تحررت دعوى الإثراء من هذا القيد.

١ـ علة اشتراط أن يكون الاثراء قائما وقت رفع الدعوى:

الرأي السائد في فرنسا هو اشتراط أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى وعلى ذلك إذا قام الدائن بترميمات في منزل المدين بحيث تقوم دعوى الإثراء، ثم احترق المنزل قبل أن يرفع الدائن هذه الدعوى، لم يجز بعد ذلك رفعها لأن الإثراء لم يعد قائماً عند رفع الدعوى.

ويبرر أيضاً هذا الرأي هذا الاشتراط بأن الغرض من دعوى الإثراء هو إعادة التوازن الذي اختل بين ذمتين ماليتين والوقت المعتبر لذلك هو وقت رفع الدعوى حيث هو الوقت الواجب تقدير الإثراء فيه، فإذا زال قبل هذا الوقت، فقد زال معه الاختلال المراد معالجته. كما أن هذا الاشتراط هو الذي يميز دعوى الإثراء عن دعوى الفضالة حيث لا يشترط في الفضالة قيام الإثراء وقت رفع الدعوى لأن الفضولي وهو يولي جميلاً لرب العمل أولى بالرعاية من المفتقر. وأخيراً أن الإثراء يماثل الضرر في المسئولية التقصيرية ولذلك وجب أن يقدر كل منهما وقت رفع الدعوى.

٢ـ تحرر دعوى الاثراء من هذا الاشتراط في القانون المصري:

نص القانون المدني المصري في المادة ١٧٩ مدني على أن «. . . ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد» فمصدر التزام المثري هو واقعة الإثراء لذلك يجب الرجوع إلى هذا الوقت لتقدير التزام المثري بالتعويض، ولا عبرة عما إذا كان

الإثراء ما زال قائماً قوت رفع الدعوى أم لا، فالإثراء منذ دخل في ذمة المثري ونشأ على عاتقه الالتزام بالتعويض بصرف النظر عما إذا كان هذا الإثراء قد زاد بعد ذلك أو نقص أو زال.

أما بالنسبة للفضالة فإنها تقوم على اعتبار هام وهو أن الفضولي يولي جميلاً لرب العمل ولهذا كان له أن يسترد جميع المصروفات الضرورية. بينما في دعوى الإثراء المفتقر ليست لديه هذه النية لذلك فإنه ليس له إلا أقل القيمتين الإثراء أو الافتقار.

فأخيراً نجد أن الافتقار لا الإثراء هو الذي يماثل الضرر في المسئولية التقصيرية ولذلك فإنه يقدر، كالضرر، إذا كان متغيراً يوم النطق بالحكم لا يوم رفع الدعوى. في **القانون اللبناني** ما زال هذا الشرط قائماً.

فالمادة ١٤٢ موجبات وعقود تنص على أنه «لا يلزم الكاسب بالرد إلا بقدر الكسب الذي يكون له يوم الادعاء، ما لم يتضمن القانون نصاً على العكس».

الفرع الثاني
أثر تحقق الإثراء بلا سبب

إذا توافرت الشروط السابق بيانها فإنه يصبح للمفتقر الحق في المطالبة بالتعويض. ولذلك يجب أن نعرض أولاً، لدعوى الإثراء، ثم نتكلم ثانياً عن التعويض.

المبحث الأول
دعوى الإثراء

وهنا سنعرض لطرفا الدعوى، ثم نبين مدة تقادم دعوى الإثراء.

أولاً: طرفا الدعوى:

طرفا دعوى الإثراء هما المدعي، المفتقر، والمدعي عليه، المثري.

١ ـ المفتقر والمثري:

المفتقر وحده هو الذي يحق له أن يطالب بالتعويض ويقوم مقامه في ذلك النائب والخلف.

أما المثري فهو المدعي عليه وهو وحدة المسئول عن تعويض المفتقر ويقوم مقامه في ذلك النائب والخلف.

٢ ـ الأهلية الواجبة في طرفي الدعوى:

نقص المادة ١٧٩ مدني على أن «كل شخص، ولو غير مميز، يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم. . .».

طبقاً لهذا النص فإنه لا يشترط في المفتقر ولا في المثري أهلية ما. فناقص الأهلية أو عديم التمييز يجوز أن يكون مدعياً أو مدعي عليه في دعوى الإثراء.

هذا الحكم يمليه المنطق القانوني السليم حيث أن الأهلية لا تكون متطلبة إلا بصدد الالتزامات الإرادية، التي تنشأ عن العقد أو الإرادة المنفردة، أما بالنسبة لالتزام المثري فإنه ينشأ عن واقعة قانونية لا عن تصرف قانوني ولذلك كان من المنطقي عدم تطلب أهلية ما. ولا يقدح في ذلك اشتراط القانون التمييز لقيام المسئولية التقصيرية، والتي تنشأ أيضاً عن واقعة قانونية، وذلك لأن هذه المسئولية تقوم على الخطأ ولا يتصور قيام الخطأ في جانب الشخص إلا إذا كان يدرك أنه قد ارتكب خطأ، والإدراك مرتبط بالتمييز، ولذلك فإن التمييز ركن في الخطأ.

لكن إذا كان المثري ناقض الأهلية فإنه لا يلزم إلا برد ما عاد عليه من منفعة.

ثانيا: تقادم دعوى الإثراء:

تنص المادة ١٨٠ مدني مصري على أنه «تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض، وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمسة عشر سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق».

وعلى ذلك فإن دعوى الإثراء تتقادم بأقرب الأجلين على النحو التالي:

١ ـ تتقادم دعوى الإثراء بثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المفتقر بحقه في التعويض وبمن أثرى من هذا الافتقار.

٢ ـ تتقادم دعوى الإثراء بخمس عشرة سنة من يوم نشوء الحق في المطالبة بالتعويض.

الغالب أن تتقادم الدعوى بمضي المدة الأولى لكن قد يحدث أن تتقادم بمضي المدة التالية وذلك إذا لم يتسن للمفتقر العلم بحقه في التعويض إلا بعد مضي مدة ١٣ سنة وقت نشوء الحق في المطالبة بالتعويض، في هذه الحالة تتقادم الدعوى بمضي المدة الطويلة لأن الباقي منها أقل من المدة القصيرة.

في القانون اللبناني لم يرد فيه نص يقرر مدة خاصة لتقادم دعوى الإثراء. من ثم تتقادم هذه الدعوى في القانون اللبناني وفقاً للقواعد العامة بمضي عشر سنوات (م ٣٤٩ موجبات وعقود من يوم نشوء الحق في التعويض.

المبحث الثاني:
التعويض

وهنا سنعرض، لمدى التزام المثري بالتعويض، ولكيفية تقدير الإثراء والافتقار، وأخيراً لوقت تقديره.

أولاً: مدى التزام المثري بالتعويض:

تنص المادة ١٧٩ مدني مصري على أن المثري دون سبب قانوني على حساب شخص آخر «يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائماً لو زال الإثراء فيما بعد».

يتضح من هذا النص أن التزام المثري يحده حدان: مقدار الافتقار ومقدار الإثراء. فإذا كان للمفتقر أن يطالب بتعويض عن الخسارة التي لحقته سواء كانت هذه الخسارة إيجابية (المصاريف التي صرفها) أو سلبية (الكسب الذي كان سيحققه) إلا أن هذا ليس معناه أن المفتقر سيعوض تعويضاً كاملاً حيث يوجد الحد الآخر الذي يجب

أن يتقيد به وهو الإثراء، فالمفتقر لا يستطيع أن يطالب المثري بأكثر من مقدار ما ناله من إثراء فعلاً.

وعلى ذلك لا يجوز للمفتقر أن يأخذ من المثري أكثر من مقدار الإثراء لأن ذلك سيؤدي، من ناحية، إلى إثراء المفتقر على حساب المثري، بدون سبب، كما أنه من ناحية أخرى أن المثري لا يحاسب على خطأ ارتكبه فيلزم بتعويض كامل الخسارة، وإنما يحاسب على ما ناله من إثراء فعلاً.

وإذا كانت قيمة الإثراء تزيد على قيمة الافتقار فلا يجوز للمفتقر المطالبة باسترداد كل قيمة الإثراء وإنما يتقيد في مطالبته بقيمة الافتقار فقط. هذا يرجع إلى استناد الدعوى إلى المصلحة ولما كان ما زاد من إثراء على الافتقار لا مصلحة للمفتقر فيه، فلا دعوى للمطالبة به.

خلاصة القول أن دعوى الإثراء لا تنتهي إلا إلى أقل القيمتين: قيمة الإثراء وقيمة الافتقار.

في القانون اللبناني رأينا المادة ١٤٢ موجبات وعقود تفرق بين حالة ما إذا كان المثري حسن النية وحالة ما إذا كان سيء النية، **ففي الحالة الأولى**، لا يلتزم المثري بالرد إلا بقدر ما يبقى له من إثراء وقت رفع الدعوى، **وفي الحالة الثانية**، يلتزم برد كل ما تحقق له من إثراء ولو زال قبل رفع الدعوى.

ثانيا؛ كيفية تقدير الإثراء والافتقار

وهنا سنعرض على التوالي لكيفية تقدير الإثراء، ولكيفية تقدير الافتقار: .

١ - كيفية تقدير الإثراء:

يؤخذ في الاعتبار عند تقدير الإثراء ما عسى أن يكون المثري قد تكلفه من مصروفات لجلب هذا الإثراء لنفسه «مع ملاحظة أنه لأثر لحسن أو سوء نية المثري على تقدير التعويض حيث أن التزام المثري لا شأن له بنيته وإنما يقوم هذا الالتزام على واقعة الإثراء في ذاتها.

ويختلف تقدير الإثراء بحسب ماذا كان الذي دخل ذمة المثري مبلغ من النقود،

أو تحسينات، أو منفعة أو خدمة، أو عمل أو إثراء سلبي.

أ ـ إذا كان الإثراء نقد دخل في ذمة المثري. كما إذا استولى المثري على مبلغ من النقود للمفتقر فإن قيمة الإثراء هو هذا المبلغ النقدي بقدر عدده دون نظر إلى ارتفاع أو انخفاض قيمة العملة. أما الفوائد تستحق من وقت المطالبة القضائية. إذا كان المثري غير كامل الأهلية، فلا يرد من هذا المبلغ ما يكون قد أضاعه في غير منفعة.

ب ـ إذا كان الإثراء تحسينات استحدثها المفتقر في مال المثري، مثل ذلك أعمال الترميمات ، وتوريد المواد اللازمة لهذه الأعمـال ، وبناء طبقات جديدة ، تقدر هذه التحسينات بما ز اد في مال المثري بسببها وقت الاستحداث، فهذا هو الإثراء.

جـ ـ إذا كان الإثراء منفعة أو خدمة أو عملاً أو إثراءً سلبياً، فإذا كان الإثراء منفعة حصل عليها المثري، كما لو سكن منزل المفتقر دون عقد إيجار، أو كما لو استهلك نوراً أو ماء عن طريق أسلاك أو مواسير خلفية، فتقوم المنفعة بأجرة المثل للمنزل، أو بثمن النور والماء بالسعر المحدد لهما دون نظر إلى حسن أو سوء نية المثري.

أما إذا كان الإثراء خدمة أو عملاً، كما لو قرب السمسـار ما بين البائع والمشتري ثم تمت الصفقة دون وساطته، والعامل الفني الذي يبتكر اختراعاً يفيد منه رب العمل، يقوم الإثراء بقدر الفائدة التي عادت على المثري نتيجة لهذه الخدمة أو هذا العمل.

إما إذا كان الإثراء سلبياً، كما لو دفع شخص ديناً على آخر، أو أتلف متاع يملكه لينقذ منزل جاره من الحريق، فيقدر الإثراء بمقدار ما أثرى المدين، بقدر الدين الذي دفعه عنه المفتقر، أو بمقدار ما احترق من ماله.

٢ ـ كيفية تقدير الافتقار:

ويقدر الافتقار بالكيفية التي تم بها تقدير الإثراء:

ـ فإذا كان الافتقار نقداً فقد تساوى مع الإثراء، لأن ما دخل في ذمة المثري

مماثل في مقداره مـا خرج من ذمة المفتقر. فيكون الافتقار هو المبلغ النقدي وفوائده من يوم المطالبة القضائية.

- وإذا كان الافتقار تحسينات استحدثها المفتقر في مال المثري قدر هذا الافتقار بمقدار ما أنفق لاستحداثها،لكن التعويض الذي سيرجع به المفتقر يتقيد بأقل القيمتين، ما زاد في مال المثري وما أنفق في استحداث التحسينات.

- إذا كان الافتقار منفعة استهلكها المثري فيكون مقدار الافتقار هو نفس مقدار الإثراء وبالتالي يكون مقدار التعويض مساوياً لقيمة هذه المنفعة.

- وإذا كان الافتقار خدمة أو عمـلاً أداة المفتقر، فتقدير الافتقار يتوقف على ماذا كان المفتقر محترفاً، كالمحامي أو العامل الفني، أو غير محترف. في الحالة الأولى يقدر الافتقار بالقيمة التجارية للخدمة أو العمل، وفي الحالة الثانية يقدر الافتقار بقدر ما تكبده من نفقات وما فاته من ربح معقول بسبب قيامه لهذه الخدمة أو العمل.

ثالثاً: وقت تقدير الإثراء والافتقار

وهنا نعرض على التولي لوقت تقدير الإثراء، ثم لوقت تقدير الافتقار.

١ ـ وقت تقدير الإثراء:

يقدر الإثراء من **وقت حصوله** لا وقت رفع الدعوى ولا وقت صدور الحكم. وعلى ذلكِ فالالتزام بتعويض المفتقر عما لحقه من خسارة لا يؤثر فيه أن يكون الإثراء قد زال فيما بعد، أي وقت رفع الدعوى أو وقت صدور الحكم. كما لا عبرة بنقص قيمة الإثراء أو زيادته وقت رفع الدعوى أو وقت صدور الحكم. في القانون اللبناني إذا كان المثري حسن النية كانت العبرة في تقدير الإثراء بوقت رفع الدعوى، وإذا كان سيء النية، كانت العبرة في تقدير الإثراء بوقت حصوله (م ١٤٢ موجبات وعقود لبناني).

٢ ـ وقت تقدير الافتقار:

يرجع في تقدير الافتقار إلى **وقت صدور الحكم** لا إلى وقت وقوعه ولا وقت

رفع الدعوى[1]. وتقدير الافتقار وقت صدور الحكم يكون قياساً على تقدير الضرر في المسئولية التقصيرية حيث أن كل منهما لا تسمح طبيعتهما بتقديره تقديراً نهائياً إلا من وقت صدور الحكم، وذلك لاحتمـال تغيره حتى هذا الوقت[2].

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ١ فقرة ٨١٣.

(٢) حشمت أبوستيت، نظرية الالتزام، الطبعة الثانية فقرة ٥٨٧ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٥٧٧، ويذهب هؤلاء الفقهاء إلى أن العبرة في تقدير الافتقار بوقت حصوله.

الفصـل الثانـي
تطبيقات الإثراء بلا سبب

ـ دفع غير المستحق والفضالة[1]: وقد ذكر القانون تطبيقين للإثراء بلا سبب هما:

١ ـ دفع غير المستحق.

٢ ـ الفضالة وسنتكلم عن كل منهما تباعاً.

الفـرع الأول:
دفع غير المستحق

وهنا سنعرض لشروط دفع غير المستحق، ثم نتكلم عن أحكامه.

المبحـث الأول:
شروط دفع المستحق

تنص المادة ١٨١ مدني مصري على أن «أن كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليـه رده. ٢ ـ على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم بأنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص الأهلية، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء».

---

(١) المشرع اللبناني قد اعتبر الفضالة تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد فأوردها في الباب الخاص بالتصرفات القانونية. وهذا التكييف غير صحيح. ولذلك فإن الفضالة تعتبر في القانون اللبناني تطبيقاً خاصاً لقاعدة الإثراء بلا سبب مع دفع غير المستحق.

وتنص المادة ١٨٢ مدني مصري على أنه «يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق».

وتنص المادة ١٤٣ موجبات وعقود لبناني على أن «من يظن خطأ أنه مديون فيوفي ما ليس في ذمته على أثر خطأ قانوني أو فعلي يحق له أن يطالب الكاسب بالرد».

وكما هو واضح أن المشرع اللبناني يسميه «إيفاء ما لا يجب» Le paiment de l'indû.

دفع غير المستحق هو قيام شخص بوفاء دين غير مستحق عليه، فيكون على الموفي له رد ما أخذه لأن في احتفاظه به إثراء بلا سبب على حساب غيره. ويشترط لالتزام الموفي له بالرد قبل الموفي شرطان:

أولاً، الوفاء بدين غير المستحق، ثانياً، اعتقاد الموفي بالتزامه بالدين.

المطلب الأول:
الوفاء بدين غير مستحق

يتضمن هذا الشرط أمرين أولاً، الوفاء، ثانياً، بدين غير مستحق.

أولاً: الوفاء:

يشترط لالتزام الموفي بالرد قبل الموفي أن يكون هناك وفاء قدتم لدين غير مستحق.

والوفاء تصرف قانوني يخضع في إثباته للقواعد العامة لإثبات التصرفات القانونية، وبخاصة ما تعلق منها بنصاب الإثبات بالكتابة أو بالبينة.

لا يشترط في الوفاء بالدين أن يكون وفاءً مباشراً، لأن عبارة المادة ١٨١ مدني «كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده» عبارة عامة تتناول جميع ضروب الوفاء وما يقوم مقام الوفاء، الوفاء بمقابل، أو المقاصة، أو إعطاء إقرار جديد بالدين».

وإذا لم تتحقق للعمل صفة الوفاء، فلا تطبق قاعدة دفع غير المستحق، بل القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب، كالبناء في أرض الغير مثلاً.

ثانيا بدين غير مستحق

ويعتبر الدين غير مستحق في الحالتين الآتيتين:

الحالة الأولى: إذا كان الدين غير مستحق ابتداء

ويكون كذلك لأسباب الآتية:

١ ـ إذا كان الدين منعدماً من الأصل ، كان لم يكن له وجود أصلاً في أي وقت، كوارث يدفع ديناً يظن أنه على التركة ثم يتضح ألا وجود لهذا الدين. وقد يكون منعدماً من الأصل بالنسبة للموفي، كشخص يدفع دين غيره اعتقاداً منه بأنه يدفع دين نفسه. وقد يكون الأمر كذلك بالنسبة للموفي له،كما لو كان الموفي مديناً ولكنه دفع الدين لغير الدائن معتقداً بأنه هو الدائن. وأخيراً قد يكون الدين منعدماً من الأصل إذا كان مصدره عقداً باطلاً، أو كان ديناً طبيعياً لا جبر في تنفيذه». وقدنصت المادة ١٤٥ موجبات وعقود على هذه الصورة، فقالت إنه لا يمكن الاسترداد إذا ظن (المدين) نفسه ملزماً بموجب مدني مع أن الموجب المترتب عليه كان أدبياً محضاً أو طبيعياً».

٢ ـ الوفاء بدين معلق على شرط واقف قبل تحققه أو بعد تخلفه وقد نصت المادة ١٤٥ موجبات وعقود لبناني على هذه الصورة فقالت إنه «يمكن الاسترداد إذا كان الموجب موقوفاً على شرط تعليق مجهول من المديون وغير متحقق» أو الوفاء بدين مضاف إلى أجل قبل حلول الأجل جاهلاً قيـام الأجل. ونصت على هذه الحال المادة ١٨٣ مدني مصري وفي القانون اللبناني لها حكم خاص.

٣ ـ الوفاء بدين قد انقضى قبل الوفاء بسبب من أسباب الانقضاء مثل أن يكون الدين قد وفاه المورث، ولم يعثر الوارث على المخالصة، فوفي الدين مرة أخرى، فيكون قد دفع ديناً غير مستحق وقت الوفاء.

الحالة الثانية:
إذا كان الدين مستحقا وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق

في هذه الحالة الدين موجود ومستحق وقت الوفاء ولكن يزول سببه بعد ذلك، ويكون ذلك لأسباب الآتية:

١ ـ إذا كان الدين معلقاً على شرط فاسخ، فإن دفع المدين له يكون وفاء لدين مستحق، فإذا تحقق الشرط زال الالتزام بأثر رجعي وأصبح الوفاء وفاء بدين غير مستحق.

٢ ـ إذا كان الدين ناشئاً عن عقد قابل للفسخ أو للإبطال. فإذا قام المتعاقد بالوفاء بهذا الدين فإن وفاءه يكون وفاءً لدين مستحق الأداء، ثم تزول الرابطة العقدية بالفسخ أو بالإبطال بأثر رجعي فيصبح الوفاء وفاء بدين غير مستحق.

المطلب الثاني:
اعتقاد الموفي بالتزامه بالدين

تنص المادة ١٨١/٢ مدني مصري على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزوم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص الأهلية، أو يكون قد أكره على الوفاء».

وعلى ذلك لا يكفي أن يقوم الموفي بدفع دين غير مستحق أصلاً بل يجب كذلك أن يكون معتقداً وقت الوفاء أنه ملزم بإداء الدين، أي يكون واقعاً في غلط. والقانون لم يشترط ذلك الشرط صراحة إلا أنه مشروط ضمناً إذ لا يعقل أن يدفع شخص ديناً غير مستحق إلا أن يكون ذلك الشخص يعتقد عن غلط أن الدين مستحق. فالغلط مفروض أي أن هناك قرينة على وجود الغلط ولذلك لا يكلف الموفي بإثبات الغلط حتى يجوز له الاسترداد.

هذه القرينة تقبل إثبات العكس إذ يجوز للموفي له أن يثبت أن الموفي كانت عنده نية التبرع أو إسداء خدمة، أو التنازل عن الأجل، أو إجازة العقد القابل للإبطال عندئذٍ يمتنع على الموفي أن يطلب الاسترداد إلا أن يثبت الموفي أحد أمرين:

١ ـ أنه كان ناقص الأهلية وقت الوفاء، وبذلك يستطيع أن يطلب إبطال الوفاء بسبب نقص أهلية وأن يسترد ما دفع حتى ولو كان يعلم وقت الدفع بأن الدين الذي دفعه لم يكن مستحقاً في ذمته.

٢ ـ إنه كان مكرهاً على الوفاء، فإنه يستطيع أيضاً أن يسترد ما وقع دون حق ولو أنه وقت الدفع كان يعلم أنه يدفع ديناً غير مستحق مثال ذلك أن يفقد التاجر المخالصة ويطالبه الدائن بالدين مرة أخرى ويهدده بشهر إفلاسه. إذا لم يدفع فيضطر إلى دفعه مرة أخرى، ثم يعثر بعد ذلك على المخالصة فله عندئذٍ استرداد ما فاته ثانية.

في القانون اللبناني لم يرد نص مماثل. ومع ذلك فإنه إلزام لموفي له بالرد في هاتين الحالتين يتحقق من طريق إبطال العقد بسبب نقص الأهلية أو الإكراه، فإذا أبطل العقد وجب على الموفي له أن يرد ما استوفاه على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب.

ـ **نطاق هذه الشرط**: هذا الشرط قاصر على الحالة الأولى للوفاء بدين غير مستحق. أما بالنسبة للحالة الثانية والتي يكون الوفاء فيها قد تم بمقتضى العقد القابل للفسخ أو الإبطال ويصبح بعد ذلك وفاء بغير المستحق بعد فسخ العقد أو إبطاله، فإنه لا يتصور أن يكون الوفاء قد حصل عن غلط إذ أن الوفاء كان حاصلاً بمقتضى عقد قائم وأن الوفاء أصبح وفاء بدين غير مستحق بعد زوال سبب الدين، العقد القابل للفسخ أو لإبطال، بعد أن تم الوفاء به.

المبحث الثاني:
أحكام دفع غير المستحق

وهنا سندرس مدى ما يجب على الموفي له رده، ثم نتكلم عن سقوط دعوى استرداد غير المستحق.

المطلب الأول:
مدى ما يجب على الموفي له رده

تنص المادة ١٨٥ مدني مصري على أنه «إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم» ٢ ـ إما إذا كان سيء النية فإنه يلتزم أن يرد الفوائد

والأرباح التي جناها، أو التي قصر في جنيها من الشيء الذي تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية». ٣ ـ وعلى أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى».

وتنص المادة ١٤٦ موجبات وعقود لبناني على «أن القواعد الموضوعة للكسب غير المشروع على وجه عام، تسري أحكامها على إيفاء ما لا يجب».

ويتضح من هذا النص أن المشرع يفرق في المعاملة بين الموفي له حسن النية والموفي له سيء النية من حيث مدى ما يجب عليه رده. علاوة على ذلك أفرد المشرع إلى جانب ذلك حكمين خاصين أحدهما يتعلق بالوفاء بدين مؤجل قبل حلول الأجل (م ١٨٣) والآخر يتعلق بالوفاء لناقص الأهلية (م ١٨٦) ولذلك سنعرض لهذه الأحكام على التوالي.

أولاً: الموفي له حسن النية

ويقصد بحسن النية هنا أن الموفي له كان يعتقد أنه يتسلم ما هو مستحق له. والأصل هو افتراض حسن النية وعلى من يدعي العكس أن يثبتـه. ويجوز الإثبات هنا بكافة طرق الإثبات لأن الأمر يتعلق بواقعة مادية ويعتبر الموفي له دائماً سيء النية من يوم رفع الدعوى عليه.

والشيء الموفي به إما أن يكون نقوداً أو أشياء مثلية، وإما أن يكون شيئاً معيناً بالذات ولنر حكم ذلك في الفقرات التالية.

١ ـ الشيء الموفي به نقوداً أو أشياء مثلية:

إذا كان الموفي به نقوداً وجب على الموفي له أن يرد مقدارها بصرف النظر عن تغير سعر النقد.

وإذا كان الموفي به أشياء مثلية وجب عليه أن يرد مقدارها. ولا يلزم الموفي له في الحالتين برد فوائد النقود أو ثمار الأشياء طالما كان حسن النية، فإن أصبح سيء النية وهو يكون كذلك من يوم رفع الدعوى عليـه فإنـه يلتزم برد الفوائد والثمار من ذلك اليوم.

٢ ـ الشيء الموفي به عين معينة بالذات:

إذا كان الشيء الموفي به عيناً معينة بالذات سواء في ذلك أكانت من المنقولات أو من العقارات. فإنه يجب على الموفي له أن يردها إلى الموفي ويكون للموفي في استرداد تلك العين دعويان دعوى غير المستحق وهي دعوى شخصية، ودعوى الاستحقاق وهي دعوى عينية، والذي يخصنا هنا هي الدعوى الأولى.

أ ـ بالنسبة للثمار والمصروفات:

ـ فيما يتعلق بالثمار لا يلتزم الموفي له برد الثمار ما دام أنه حسن النية حيث أنه يتملكها بالقبض إلى اليوم الذي يصبح فيه سيء النية أو إلى يوم رفع الدعوى (م ١٨٥ مدني، المادة ٩٧٨ مدني).

ـ فيما يتعلق بالمصروفات: يجب التفرقة بين ثلاثة أنواع من المصرفوات.

أ ـ المصروفات الضرورية التي أنفقها الموفي له على العين يستردها كلها من الموفي.

ب ـ المصروفات النافعة التي أنفقها الموفي له على العين يخير الموفي بين أن يدفع ما أنفقه الموفي له من مصروفات، وبين أن يدفع قيمة ما زاد في العين بسبب هذه المصروفات إلا إذا طلب الموفي له نزع ما استحدثه.

٣ ـ المصروفات الكمالية التي أنفقها الموفي له على العين فلا رجوع له بها على الموفي، ولكن للموفي له نزع ما استحدثه منها بشرط إعادة العين إلى حالتها الأولى، إلا إذا رأى الموفي استبقاءها مع دفع قيمتها مستحقة الإزالة (م ٩٨٠ مدني).

ب ـ في حالة هلاك العين أو تلفها:

القاعدة أنه إذا كان الموفي له حسن النية وانتفع بالعين الانتفاع العادي وفقاً لما يحسبه حقه وهلكت العين أو تلفت فلا يكون مسئولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف (م ٩٨٣ مدني) كما إذا انتفع بانقاض منزل ببيع هذه الإنقاص أو باستعمالها في بناء منزل آخر.

أما إذا كان الهلاك أو التلف قد حصل بخطأ منه فإنه يكون مسئولاً عن هذا

الهلاك أو التلف وعلى الموفي أن يثبت ذلك الخطأ.

جـ ـ حالة التصرف في العين:

الفرض أن الموفي له قد تصرف في العين قبل أن يعلم بأنه ملزم بردها. والسؤال الآن ما حكم هذا التصرف؟ للإجابة على هذا السؤال يجب أن نفرق في الحكم بين علاقة الموفي والموفي له، وعلاقة الموفي بالغير.

ـ **فيما يتعلق بالعلاقة بين الموفي والموفي له**: فإن الأمر يتوقف على ما إذا كان التصرف في العين بعوض، أو بغير عوض، في الحالة الأولى يلتزم الموفي له أن يرد للموفي قدر العوض الذي أخذه فإن لم يكن أخذه وجب أن يحول حقه في المطالبة به إلى الموفي. في الحالة الثانية لا يلتزم الموفي له بشيء في مواجهة الموفي.

ـ **فيما يتعلق بالعلاقة بين الموفي والغير**: الذي انتقلت إليه العين من الوفي له. مقتضى القواعد العامة أن التصرف الصادر من الموفي له إلى الغير لا يحتج به في مواجهة الموفي لأنه تصرف صادر من غير مالك وسواء في ذلك أن يكون هذا التصرف معاوضة أو تبرعاً.

وعلى ذلك يجوز للموفي أن يسترد العين من الغير بدعوى الاستحقاق، إلا أن يكون ذلك الغير قد كسب ملكية العين بسبب آخر من أسباب اكتساب الملكية، كالتقادم في العقار، وكالحيازة بحسن نية في المنقول. ولن يضار الوفي في الحالة الأخيرة. إذا كان التصرف الصادر إلى الغير بعوض لأنه سيتسرد هذا العوض من الموفي له، أما إذا كان التصرف بغير عوض فيستحقق الضرر، لأنه لا رجوع له على الموفي له بدعوى غير المستحق لأن الموفي له حسن النية وقد صدر التصرف منه بطريق التبرع، ولا رجوع له كذلك بدعوى الإثراء بلا سبب على الغير لأن لهذا الإثراء سبباً وهو التبرع الصادر إلى الغير وهذا الحكم تمليه القواعد العامة وإن كان مجافياً للعدالة[1].

---

(١) لذلك نص في المشروع التمهيدي للقانون المدني في المادة ٢/٢٥٧ على جواز رجوع الموفي على الغير بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثري به إلا أن هذا النص قد حذف في لجنة المراجعة. وهذا النص الوارد في المشروع يتفق وحكم القانوني المدني الإيطالي.

ثانيا: الموفي له سيء النية

الفرض هنا أن الموفي له كان سيء النية أي أنه كـان يعلم وقت تسلم الشيء أو بعد ذلك أنه يتسلم ما ليس مستحقاً له، وعبء إثبات سوء النية يقع على الموفي. والقاعدة في هذه الحالة هي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل دفع غير المستحق. لكن لتطبيق هذه القاعدة يجب أن يفرق أيضاً بين ما إذا كان الشيء الموفي به نقوداً أو أشياء مثلية أو كان عيناً معيناً بالذات.

١ ـ الموفي به نقود أو أشياء مثلية:

إذا كان الموفي به نقوداً أوجب على الموفي له أن يرد مقدار النقود التي تسلمها، مع تعويض الموفي عن تغير سعر النقد.

إذا كان الموفي به أشياء مثلية وجب عليه رد مقدارها.

وفي الحالتين يلتزم الموفي له بفوائد وثمرات الموفي به لأنه سيء النية وقد نصت المادة ١٨٥/ ٢ مدني مصري على أنه «إذا كان سيء النية فإنه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التي جناها، أو التي قصر في جنيها من الشيء الذي تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية». وقد نصت عليه المادة ١٤٢/ ٢ موجبات وعقود لبناني.

٢ ـ الموفي به عين معينة بالذات:

يلتزم الموفي له سيء النية برد العين للموفي ما دامت العين موجودة.

أ ـ **بالنسبة للثمار والمصروفات**: فيما يتعلق بالثمار فإنـه يلتزم برد الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها وله أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار (م ٩٧٩ مدني مصري).

فيما يتعلق بالمصروفات فإن حكمها على النحو السابق بيانه بصدد الموفي له حسن النية وذلك طبقاً لنص المادة ٩٨٠ مدني مصـري.

ب ـ **حالة هلاك العين أو تلفها**: يكون الموفي له السيء النية مسئولاً عن هلاك العين ولو كان الهلاك بقوة قاهرة، لا يدرأ عنه المسئولية إلا أن يثبت أن الشيء كان

يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد الموفي (م ٩٨٤ مدني مصري). والتزام الموفي له في حالة هلاك أو تلف أو ضياع العين يكون برد قيمتها وقت الهلاك كل هذا دون إخلال بحق الموفي في استرداد العين تالفة مع تعويض عن التلف الحادث. .

جـ ـ **التصرف في العين**: إذا كان الموفي قد تصرف في العين مع علمه بالتزامه بردها أي كان سيء النية وجب عليه ردها باسترجاعها من الغير المتصرف إليه، فإن لم يستطع كان الموفي مخيراً بين قيمة العين وبين العوض الذي أخذه في مقابلها، فإذا كان التصرف بغير عوض فليس أمام الموفي إلا الرجوع بقيمتها على الموفي له.

أما في العلاقة بين الموفي والغير، فلا يحتج على الموفي بالتصرف الصادر إلى الغير من الموفي له ويستطيع الموفي أن يرجع على الغير بدعوى الاستحقاق، إلا أن يكون الغير قد كسب العين بسبب آخر فلا يجوز له أن يرجع عليه بدعوى الإثراء سواء كان التصرف بعوض لأنه استرجع هذا العوض من الموفي له أو كان بغير عوض لأن للإثراء سبب وهو التبرع.

ثالثا: حكم الوفاء بدين مؤجل والوفاء لناقص الأهلية

وقد أفرد المشرع لكل حالة من الحالتين حكماً خاصاً بها ولنر ذلك بشيء من التفصيل.

١ ـ الوفاء بدين مؤجل قبل حلول الأجل:

الفرض الذي نحن بصدده يتعلق بالوفاء بدين مؤجل ويقوم المدين بالوفاء به وهو جاهل قيام الأجل أو كان قد أكره على هذا الوفاء. في هذه الحالة يكون للمدين الرجوع على الدائن بدعوى غير المستحق. ويلزم الدائن برد الموفي به إلى المدين على أن يوفي به هذا الأخير عند حلول الأجل، هذا هو مقتضى القواعد العامة لكن المشرع رأى اختصاراً للإجراءات أن يقتصر الرد في هذه الحالة على ما استفاده الدائن بسبب الوفاء المعجل (م ١٨٣ مدني) وهذا يحقق مصلحة الدائن بتجنبه إعسار مدينه ودون أضرار بهذا الأخير.

وتطبيقاً لذلك إذا كان الدين الذي عجل الوفاء به مبلغاً من النقود فيجوز للدائن

أن يقتصر على رد ما استفاد بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر، بأن يلتزم الدائن أن يرد للمدين فائدة الدين بالسعر الاتفاقي أو بحسب السعر القانوني إذا لم يكن هناك اتفاق على سعر الفائدة عن المدة الباقية لحلول الأجل (م ١٨٣/ ٢ مدني مصري).

في القانون اللبناني:

تنص المادة ١٤٤ موجبات وعقود لبناني في هذا الخصوص على أنه «لا وجه للاسترداد إذا كان الموجب مدنياً ومعلقاً على أجل لم يحل وإن يكن المديون قد ظنه مستحق الإداء، وفي هذه الحالة لا تحق المطالبة بالفائدة عن المدة المتخللة بين الإيفاء والاستحقاق».

ويتضح من ذلك أن الوفاء بدين لم يحل أجله يعتبر دفعاً لمستحق، على خلاف القانون المصري، ولا يحق للمدين في هذه الحالة أن يطالب الدائن بالفائدة التي يغلها الدين عن المدة الباقية لحلول الأجل.

٢ ـ الوفاء لناقص الأهلية:

الأصل أن التزام المثري بالرد لا يتوقف على أهليته، وذلك لأن التزامه بالرد لا يقوم على إرادته وإنما يقوم على واقعة الإثراء.

إلا أن المشرع خرج عن هذه القاعدة بالنسبة لناقص الأهلية فقرر في المادة ١٨٦ مدني أنه «إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به».

وبذلك يكون المشرع قيد مسئولية الموفي له ناقص الأهلية بأن لا يلزم إلا برد القدر الذي أثرى به ولو كان أقل مما دفعه الموفي ويصرف النظر عن حسن أو سوء نيته وبهذا يكون المشرع قد خرج عن القاعدة العامة في رد غير المستحق والتي بمقتضاها يلزم الموفي له برد ما تسلم دون حق فتكون قيمة الإثراء هي نفس قيمة الافتقار. أما بالنسبة لناقص الأهلية فلا يرد إلا ما عاد عليه من نفع فعلي لا حكمي».

وعلى ذلك إذا تسلم ناقص الأهلية عيناً معينة بالذات فهلكت أو تلفت بقوة قاهرة لا يكون ملزماً بشيء في مواجهة الموفي حتى ولو كان سيء النية لأنه لم ينتفع

بشيء. أما إذا كان الهلاك أو التلف بخطئه فإنه يكون مسئولاً لأنه مميز والمسئولية مناطها التمييز وعندئذٍ يجب عليه التعويض.

إذا كان الموفي له ناقص الأهلية قد تصرف في العين بطريق التبرع فإن الموفي لا يرجع عليه بشيء لأنه لم ينتفع بالعين حتى لو كان سيء النية وقت التبرع».

ولم يرد في القانون اللبناني نص يقرر هذا الحكم. ولكن الفقه يرى الأخذ به على أساس ما تقضي به المادة ١٤٦ موجبات وعقود من سريان أحكام الإثراء بلا سبب على دفع غير المستحق[١].

المطلب الثاني
سقوط دعوى استرداد غير المستحق

تسقط دعوى استرداد غير المستحق لسببين الأول سقوط الدعوى بسبب تجرد الموفي له حسن النية من سند الدين أو من تأميناته أو تركه الدعوى تسقط بالتقادم الثاني سقوط الدعوى بالتقادم.

أولاً: تجرد الموفي له حسن النية من سند الدين أو من تأميناته أو تركه دعواه تسقط بالتقادم

الفرض الذي نحن بصدده هنا يتمثل في أن شخصاً غير المدين قام بالوفاء بالدين للدائن وكان هذا الأخير حسن النية وقت استيفاء حقه، فاعدم سند الدين، أو سلمه للموفي، ولم يستطيع إرجاعه، أو أغفل المحافظة عليه بأي وجه أو تجرد من تأمينات الدين، بأن أغفل قيد الرهن، أو لم يجدد القيد أو شطب الرهن، أو نزل عنه، أو إبرأ ذمة الكفيل أو غير ذلك.

في هذا الفرض يسقط حق الموفي في الرجوع على الموفي له بدعوى غير المستحق. وهنا كان لا بدّ أن يضحي القانون بأحد الحقين، حق الموفي أو حق الموفي له. ولما كان الموفي له لا مأخذ على مسلكه وكان الموفي مقصراً بسبب غلطه فقد ضحى القانون بحق الأخير ومنعه من أن يسترد من الموفي له ما وفاه إليه. لكن

(١) خليل جريج، المرجع السابق، ص ٣٣٦.

ألزم القانون المدين الحقيقي بتعويض الموفي وأعطي له حق الرجوع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب لأنه قد دفع له دينه وبذلك يكون المدين الحقيقي قد أثرى بقدر ما افتقر الموفي.

وقد يحدث أيضاً أن يترك الدائن دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم بعد أن اطمأن إلى استيفائه لحقه. وهنا أيضاً رجح حق الدائن حسن النية فلا يجوز للموفي الرجوع عليه لأنه إذا رجع واسترد ما دفع استحال على الدائن الرجوع على المدين الحقيقي لتقادم دعواه.

تنص المادة ١٨٤ مدني مصري على أنه «لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن، وهو حسن النية، قد تجرد من سند الدين، أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم. ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء».

وتنص المادة ١٤٤ موجبات وعقود لبناني على أنه «لا وجه للاسترداد إذا كان الكاسب حسن النية وقت الإيفاء وقد أتلف أو أبطل سنده، أو حرم نفسه الضمانات المؤمنة لدينه، أو ترك مرور الزمن يتم في مصلحة مديونه الحقيقي».

ويشترط في المخالصة لكي تكون حجة على المدين أن تكون ثابتة التاريخ وذلك لمنع التواطؤ للإضرار به وعلى ذلك إذا تواطأ الدائن الذي سقط حقه بالتقادم مع أجنبي للوفاء له بدينه وإعطائه مخالصة يجعل تاريخها سابقاً على سقوط الدين بالتقادم وذلك ليمكنه من الرجوع على المدين بما دفع وبذلك يصل الدائن إلى مبتغاه بالحصول على حقه الذي سقط بالتقادم ولذلك فإن اشتراط ثبوت التاريخ للمخالصة سيرد عليه سوء قصده.

ثانيا: سقوط الدعوى بالتقادم

تنص المادة ١٨٧ مدني مصري على أن «تسقط الدعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق».

ويتبين من هذا النص أن دعوى استرداد ما دفع بغير حق تسقط بأقصر المدتيـن:

١ ـ ثلاث سنوات تسري من اليوم الذي يعلم فيه الوفي بحقه في الاسترداد أي من اليوم الذي يعلم فيه أنه دفع ديناً غير مستحق عليه وعادة لا يعلم الموفي بحقه في الاسترداد إلا بعد الوفاء بمدة تطول أو تقصر. لكن إذا تم الوفاء تحت إكراه أو كان الموفي ناقص الأهلية فإن هذا التقادم القصير يبدأ من تاريخ الوفاء لأنه من هذا التاريخ يعلم الموفي بحقه في الاسترداد.

٢ ـ خمس عشرة سنة من تاريخ الوفاء أي من اليوم الذي ينشأ فيه الحق في الاسترداد. والغالب أن تتقادم الدعوى بمضي المدة القصيرة. غير أنه قد يحدث أن تتقادم بمضي المدة الطويلة، وذلك إذا كان الباقي من المدة الأخيرة أقل من المدة القصيرة.

ولم يرد في القانون اللبناني نص يقرر مدة خاصة تتقادم بها دعوى استرداد غير المستحق، ومن ثم فهي تتقادم في هذا القانون وفقاً للقاعدة العامة، بمضي عشر سنوات من يوم نشوء الحق (م ٣٤٩ موجبات وعقود).

الفـرع الثانـي:

الفضالــة

تمهيد:

الفضالة هي قيام شخص عن قصد، ودون أن يكون ملزماً بذلك، بشأن عاجل لحساب شخص آخر. (ويسميها القانون اللبناني الفضول: La gestion d'affaires.

وتبدو لنا الفضالة وكأنها تدخل للشخص في شئون غيره، ومع ذلك يقرها القانون ويرتب عليها أثاراً قانونية معينة، وذلك لما تحققه لصالح الفرد والجماعة من تلافي إهمال الأفراد في رعاية شئونهم. لكن القانوني المدني قد وضع لها الحدود والضوابط بما لا يسمح للشخص أن يتدخل في شئون غيره إلا بالقدر الضروري الذي تدعو إليه الشئون العاجلة لهذا الغير.

والفضالة واقعة إرادية يرتب عليها القانون أثاراً قانونية. فهي لذلك عمل قانوني

ولكنها ليست تصرفاً قانونياً. فالتصرف القانوني، على خلاف العمل القانوني، يقوم على إتجاه الإرادة إلى ترتيب أثاراً قانونية، أما العمل القانوني فليس قوامه الإرادة كما هو الحال في التصرف القانوني، وإنما يرتب القانون الآثار القانونية دون أن يحفل القانون باتجاه الإرادة إلى ذلك أو عدم اتجاهها. ولذلك فالقانون يرتب الأثر القانوني على عمل الفضولي سواء اتجهت إرادة الفضولي إلى ذلك أو لم تتجه.

ولتضح لنا الصورة نعقد المقارنة بين الفضالة والوكالة. فالوكالة عقد ينشأ عن تلاقي إرادة كل من الموكل والوكيل على إحداث أثار قانونية معينة. فالوكيل يلتزم لأنه أراد أن يلتزم والقانون لا يلزمه إلا لأنه أراد أن يلتزم وفي حدود ما أراد أن يلتزم به. أما الفضالة إذا توافرت أركانها التي نص عليها القانون فإن القانون يمضي في ترتيب الأثار القانونية عليها دون النظر إلى اتجاه إرادة الفضولي إلى ذلك أو عدم اتجاهها.

وعلى ذلك فإن الفضالة تختلف عن الوكالة في أن ما يترتب عليها من التزامات بالنسبة إلى الفضولي مصدره واقعة إرادية يرتب عليها القانون مباشرة هذه الالتزامات. أما الوكالة فإن مصدر التزام الوكيل هو العقد. كما أن الفضالة قد تكون في تصرف قانوني أو عمل مادي، أما الوكالة فهي قاصرة على التصرفات القانونية.

خطة الدراسة:

لدراسة الفضالة سنقوم أولاً ببيان أركانها، ثم بعد ذلك نعرض لأحكامها.

المبحث الأول:
أركان الفضالة

تنص المادة ١٨٨ مدني مصري على أن «الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك».

وتنص المادة ١٨٩ مدني مصري على أن «تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي في أثناء توليه شأناً لنفسه، قد تولى شأن غيره، لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر».

وتنص المادة ١٤٩ موجبات وعقود لبناني على أن «يكون العمل فضولياً حين

يقوم المرء من تلقاء نفسه بإدارة شؤون الغير عن علم وبلا تفويض بقصد العمل لحساب ذلك الغير».

«وإذا حدث أن شخصاً أدار مصالح شخص آخر عن غير علم لاعتقاده أنه يدير ملكه الخاص فالمسألة تكون حينئذٍ خاضعة لأحكام الكسب بلا سبب لا لأحكام الفضول».

وتنص المادة ١٥١ موجبات وعقود على أنه «يأتي الفضولي عمله بروح التجرد أو بقصد الانتفاع ولا سيما في أثناء قيامه بوظيفته أو مهنته».

ويتضح من هذين النصين أن للفضالة أركان ثلاثة:

١ ـ قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل.
٢ ـ نية الفضولي في أن يعمل لمصلحة رب العمل.
٣ ـ ألا يكون الفضولي ملزماً بالقيام بهذا الشأن العاجل لمصلحة الغير.

المطلب الأول:
قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل

ويتكون هذا الركن من شقين، الأول، الشأن الذي يقوم به الفضولي، وأن يكون هذا الشأن عاجلاً.

أولاً: تحديد المقصود «بشأن»:

قد يكون هذا الشأن الذي يقوم به الفضولي تصرفاً قانونياً أو عملاً مادياً. فالفضالة تسع الأثنين. وقد نصت المادة ١٥٠ موجبات وعقود لبناني على ذلك لقولها «أن الأعمال القانونية كالأعمال المادية يمكن أن تكون محوراً لعمل الفضولي».

١ ـ **من أمثلة التصرف القانوني**: الذي يقوم به الفضولي باسم رب العمل، قبول هبة صادرة إلى رب العمل، بيع محاصيل زراعية لرب العمل مما يسرع إليها التلف، أو يوفي بضريبة واجبة على رب العمل ليتفادى توقيع حجز إداري.

هذا التصرفات القانونية التي يقوم بها الفضولي باسم رب العمل قد تكون من

أعمال الإدارة كما قد تكون من أعمال التصرف، ولا يشترط في الحالتين أن تتوافر لدى الفضولي الأهلية اللازمة للتصرف، بل يكفي فيه أن يكون مميزاً.

ويترتب على قيام الفضولي بهذه التصرفات القانونية باسم رب العمل النتائج الآتية:

١ ـ تنشأ علاقة بين الفضولي ورب العمل.

٢ ـ تنشأ علاقة بين رب العمل والغير الذي تعاقد معه الفضولي.

٣ ـ انصراف آثار التصرف القانوني الذي قام به الفضولي في ذمة رب العمل.

مما يستلزم توافر الأهلية اللازمة لهذا التصرف لديه.

يلتزم الفضولي باتباع قواعد إثبات التصرفات القانونية، وخاصة قاعدة الإثبات بالكتابة فيما يجاوز المائة جنيه[1]، أما رب العمل فلا يلزم باتباع هذه القاعدة في علاقته بالفضولي لأن التصرف القانوني بالنسبة إليه يعتبر واقعة مادية.

٢ ـ **من الأمثلة على الأعمال المادية التي يتولاها الفضولي،** قطع التقادم الساري ضد رب العمل، أو إطفاء حريق شب في منزل رب العمل، أو كبح جماح جواد انقاذاً لراكبه، أو جني محصول يخشى عليه من التلف.

ويترتب على قيام الفضولي بالعمل المادي لرب العمل النتائج الآتية:

١ ـ تنشأ علاقة ملزمة بين رب العمل والفضولي.

٢ ـ إثبات العمل المادي الذي تولاه الفضولي بجميع طرق الإثبات.

ثانيا: تحديد المقصود بعاجل:

يشترط القانون لقيام الفضالة أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لحساب شخص آخر، أي شأن ضروري أي بشأن من الشئون التي ما كان رب العمل يتواني في القيام بها».

وعلى ذلك لا يكفي في العمل الذي يقوم به الفضولي لحساب رب العمل أن يكون مفيداً أو نافعاً لهذا الأخير. والحكمة من ذلك أن المشرع لا يريد أن يتدخل الأفراد بعضهم في شئون بعض وهو يتشدد في الخروج على هذه القاعدة فلا يبيح لشخص أن يتدخل في شئون شخص آخر إلا بالقدر الضروري والذي تدعو إليه الحاجة.

---

(١) ٤٠٠٠٠ ل.ل في القانون اللبناني.

وإذا لم يتوافر في العمل الذي يقوم به الفضولي صفة الضرورية فلا يلتزم رب العمل وفقاً لأحكام الفضالة، كأن يبني الفضولي في أرض مملوكة لرب العمل لتحقيق استغلال هذه الأرض، أو يشتري أرضاً أو بناء لأنه يرى أن هذا الصفقة رابحة، أو أن يطلب الأخذ بالشفعة لحساب رب العمل، ففي كل هذا الأمثلة يكون العمل نافعاً لرب العمل ولكنه لم يكن ضرورياً، ولذلك لا يلتزم رب العلم به طبقاً لأحكام الفضالة.

وتقدير صفة الضروري التي تبيح تدخل الفضولي إنما يكون وقت التدخل ويجب التشدد عند تقدير هذه الصفة إذا لم يكن العمل من أعمال الإدارة وإنما كان من أعمال التصرف».

ولم ينص القانون اللبناني عن هذا الشرط. ومع ذلك يذهب الفقه إلى وجوب توافره لأنه يقوم على اعتبارات منطقية[1].

المطلب الثاني:

نية الفضولي في العمل لمصلحة رب العمل

وهنا نعرض لتحديد المقصود بهذا الركن وضرورته، ثم نعرض للفرض الذي يقوم فيه الفضولي بشأن لنفسه ويتولى في نفس الوقت شأن غيره للارتباط بين الشأنين.

أولاً: المقصود بهذا الركن وضرورة توافره:

تنص المادة ١٨٨ مدني على أن «الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر». (م ١٤٩/١ موجبات وعقود لبناني).

يكون من المناسب هنا تحديد المقصود بكلمة «قصد» ومداها، ثم بعد ذلك نعرض لأهمية توافر هذا القصد لتمييز الفضالة عن الإثراء بلا سبب.

١ ـ تحديد المقصود من كلمة «قصد» ومداها:

المراد بهذه الوقفة أمام كلمة «قصد هو تحديد المدي الحقيقي لقصد الفضولي، بمعنى هل يراد بها أن تكون عند الفضولي نية القيام بأعمال الفضالة فحسب أم أنها

(١) خليل جريج، المرجع السابق، جـ ٢، ص ٣٢.

تنصرف أيضاً إلى ترتيب الآثار القانونية على هذه الأعمال؟.

للإجابة على هذا السؤال يجب أن نشير إلى ما سبق أن بيناه من أن الفضالة واقعة إرادية. بمعنى أن القانون يرتب الآثار القانونية على أعمال الفضالة لمجرد كونها واقعة إرادية ولا يتوقف في ترتيبه لهذه الآثار على أن الفضولي قد أراد هذه الآثار.

وعلى ذلك يجب أن يكون المراد بكلمة «قصد» هو مجرد نية القيام بأعمال الفضالة فحسب وليس نية ترتيب آثار قانونية على هذه الأعمال لأن هذه الآثار سيتولى القانون ترتيبها بمجرد قيام الفضالة.

٢ ـ ضرورة توافر هذه النية:

إن أهم ما يميز الفضالة هو التفضل أو روح الغيرية. بمعنى أن يصدر الفضولي في عمله عن قصد تحقيق مصلحة للغير. وهذا القصد أو النية هو الذي يميز بين الفضالة والإثراء بلا سبب وله انعكاسه الخطير على مدى ما يرجع به كل من الفضولي والمثري من تعويض.

وعلى ذلك فالفضولي هو من يعمل لمصلحة الغير لا لمصلحة نفسه فإن عمل لمصلحة نفسه وعاد من ذلك نفع على الغير، فلا رجوع له عليه بدعوى الفضالة بل بدعوى الإثراء إن توافرت شروطها (م ١٤٩/ ٢ موجبات وعقود لبناني).

ويكفي توافر نية العمل لمصلحة الغير دون أن يلزم انصرافها إلى العمل لحساب شخص معين بذاته[1]. فمتى قصد الفضولي إلى التصدي لشأن الغير، بقي عمله قائماً، ولو أخطأ في شخص رب العمل، وفي هذه الحالة يكسب رب العمل الحقيقي ما يترتب على الفضالة من حقوق، ويتحمل ما ينشأ عنها من التزامات».

ثانيا: جواز أن يعمل الفضولي لمصلحة نفسه والمصلحة رب العمل في آن واحد:

إذا كان من الضروري أن تتوافر لدى الفضولي نية العمل لمصلحة الغير إلا أنه لا يلزم أن تنصرف هذه النية إلى العمل لمصلحة الغير وحده، بل يجوز «أن تتحقق

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٢، ص ٤٧١ ـ ٤٧٢.

الفضالة ولو كان الفضولي، في أثناء تولية شأناً لنفسه، قد تولى شأن غيره، لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر» (م ١٨٩ مدني مصري، م ١/١٥١ موجبات وعقود لبناني) فالشريك المشتاع يؤجر العين الشائعة، فيستغلها لمصلحة نفسه ولمصلحة شريكه في الشيوع، فهو فضولي بالنسبة إلى شريكه لأنه عمل لمصلحة هذا الشريك، ولا يمنع من ذلك أنه عمل في الوقت ذاته لمصلحة نفسه وذلك لقيام الارتباط بين المصلحتين حيث لا يمكن القيام بأحداهما منفصلة عن الأخرى.

المطلب الثالث

الفضولي يقوم بالشأن العاجل

وهو غير ملتزم به ولا موكل فيه ولا منهي عنه

لكي يكون هناك فضالة يجب إلا يكون الفضولي ملتزماً بالقيام بشأن غيره كما يجب ألا يكون رب العمل قد أمره بالقيام به أو نهاه عن القيام به.

أولاً: عدم وجود التزام على الفضولي بتولي شأن غيره:

يشترط لقيام الفضالة ألا يكون هناك التزام على الفضولي لتولي شأن رب العمل لأنه إذا كان ملتزماً به، فهو ليس بفضولي يتطوع بالعمل لمصلحة الغير، بل هو مدين يقوم بالتزامه نحو الدائن.

ثانيا: عدم وجود أمر بالعمل أو نهي عنه من جانب رب العمل:

الغالب الأعم من الأحوال أن يكون رب العمل غير عالم بأن الفضولي قد تولى شأناً عاجلاً من شئونه لأنه يكون بعيداً عن هذا الشأن فلا يتمكن من أن يتولاه بنفسه فيتولاه الفضولي.

لكن قد يحدث أن يعلم رب العمل بقيام الفضولي بشأن من شئونه العاجلة فإذا كان هو الذي دعاه إلى ذلك كان الغير وكيلاً لا فضولياً وفي هذا تقول المادة ١٥٥ موجبات وعقود لبناني أن «يخضع لفضول للأحكام المختصة بالوكالة فيما يتعلق بالأعمال التي كان حاصلاً على وكالة خاصة بها» وإذا لم يكن قد دعاه ولكنه أقر عمله

بعد ذلك فإن الفضولي يصبح بهذا الإقرار وكيلاً، وفي هذا تقول المادة ١٩٠ مدني أنه «تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي». كما تقول المادة ١٥٤/١ موجبات وعقود لبناني «حين يجيز رب المال صراحة أو ضمناً عمل الفضولي تكون الحقوق والواجبات بين الفريقين خاضعة لأحكام الوكالة منذ بدء العمل فيما يتعلق بالفريقين نفسهما ومنذ الإجازة فيما يتعلق بالغير».

لكن المشكلة تثور عندما لم يدع رب العمل الغير الذي تولى العمل الذي قام به، على العكس من ذلك نهاه عن التدخل في شئونه. في هذه الحالة لا يكون الغير فضولياً. ويجب عليه الامتناع عن التدخل، وإلا ارتكب خطأ قد يستوجب مسئوليته التقصيرية إذا عاد تدخله بالضرر على رب العمل. لكن إذا عاد تدخل الغير بالمنفعة على رب العمل فإنه لا يجوز الرجوع عليه بدعوى الفضالة، بل بدعوى الإثراء إذا تحققت شروطها. وقد نصت المادة ١٥٩ موجبات وعقود لبناني في هذا المعنى على «أن الفضولي الذي تدخل في أشغال غيره خلافاً لمشيئـه رب المال المعلومة أو المقدرة أو قام بأعمال مخالفة لمشيئته المقدرة يلزم ببدل جميع الأضرار التي تنشأ عن عمله وإن لم يكن في الوسع نسبة خطأ ما إليه».

ولكن لا يعتد بنهي رب العمل، وتتحقق الفضالة بالرغم من هذا النهي، إذا كان من تدخل في شئون غيره قد أراد بهذا التدخل أن يسد حاجة ملحة اقتضاها وجود التزام فرضة القانون على رب العمل أو قضت بأدائه مصلحة عامة، كالالتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز ميت. وهذا ما كان ينص عليه المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري والذي حدفتة لجنة القانون بمجلس الشيوخ، وهذا ما ينص عليه أيضاً القانون المدني الإيطالي في المادة ٢٠٣١/٢ ونص المادة ١٦٠ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

المبحث الثاني
أحكام الفضالة

إذا توافرت أركان الفضالة تحققت الفضالة وأنتجت أثارها، فتنشىء التزامات في جانب الفضولي وأخرى في جانب رب العمل.

المطلب الأول:

التزامات الفضولي

إذا تحققت الفضالة فإنه ينشأ على الفضولي الالتزامات الآتية:

١ ـ مضي الفضول في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه.

٢ ـ أخطار رب العمل متى استطاع ذلك.

٣ ـ بذل عناية الشخص العادي في القيام بالعمل.

٤ ـ تقديم حساب لرب العلم ورد ما استولى عليه بسبب الفضالة.

وسنعرض تفصلاً لهذه الالتزامات، ثم نعرض بعد ذلك للأحكام المشتركة لهذه الالتزامات.

أولاً: عرض لالتزامات الفضولي

وهنا سنعرض تفصيلاً لالتزامات الفضولي.

الالتزام الأول: مضي الفضولي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه (م ١٩١ مدني مصري، ثم ١٥٧ موجبات وعقود لبناني).

والحكمة من تقرير هذا الالتزام هو منع التدخل في شئون الغير عن رعونة أو خفة، فمن تدخل في شأن غيره دون أن يدعي لذلك وجب عليه ألا يتخلى عن العمل، بل يلتزم بالمضي فيما بدأ رعاية لمصلحة رب العمل وهي المصلحة التي قصد الفضولي أن يرعاها».

ويجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرتـه بنفسه ويستوي في ذلك أن يكون العمل عملاً مادياً أو تصرفاً قانونياً. فإذا تمكن رب العمل من ذلك سقط عن الفضولي التزامه بالمضي في العمل.

الالتزام الثاني: أخطار الفضولي رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك.

هذا الالتزام مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالالتزام السابق، فحيث أنه يجب على الفضولي

أن يمضي في العمل الذي بدأه حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه فإن ذلك يقتضي أن يخطره بتدخله متى استطاع ذلك. ومتى تم الأخطار، ومتى تيسر لرب العمل مباشرة شأنه بنفسه سقط عن الفضولي التزامه بالمضي في العمل، وأصبح من واجب رب العمل، ومن حقه في الوقت ذاته أن يباشر شئونه بنفسه، وأن يتخلى له الفضولي عن ذلك. لم يرد في القانون اللبناني نص يقرر هذا الالتزام. ومن ثم لا يلتزم الفضولي في القانون اللبناني بأخطار رب العمل بتدخله.

الالتزام الثالث: بذل عناية الشخص العادي في القيام بالعمل (١١٢ مدني مصري، م ١٥٦ موجبات وعقود لبناني).

والتزام الفضولي بالقيام بالعمل التزام ببذل عناية ليس التزاماً بتحقيق نتيجة ولذلك فإن لم يبذل العناية الواجبة يكون قد ارتكب خطأ في الفضالة، وإذا عهد إلى غيره بكل العمل أو بعضه كان مسئولاً عن تصرفات نائبه، وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد، كانوا متضامنين في المسئولية ولنر هذه المسائل بشيء من التفصيل.

١ ـ الخطأ في الفضالة:

إذا لم يبذل الفضولي في القيام بالعمل عناية الشخص العادي كان مسئولاً عن كل الأضرار الناشئة عن ذلك.

ومسئولية الفضولي عن خطئه لها خصوصية معينة مرجعها ما تنطوي عليه الفضالة من معنى التفضل ولذلك لا تكون المسئولية كاملة، إذ يجوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا اقتضت الظروف ذلك (م ١٩٢/١ مدني مصري).

أما إذا لم يكن هناك فضالة أو لم يكن الخطأ في الفضالة فإن القاضي يعمل قواعد المسئولية المدنية أعمالاً كاملاً بدون التخفيف الذي نصت عليه المادة ١٩٢/١.

في القانون اللبناني تكون مسئولية الفضولي عن الخطأ كاملة في جميع الأموال وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية[١].

---

(١) ومع ذلك قارن خليل جريج، المرجع السابق، الذي يرى الأخذ بما نص عليه القانون المصري. غير أن هذا الرأي يتعارض مع النص الصريح للمادة ٢/١٥٦ موجبات وعقود التي تعتبر =

٢ ـ نائب الفضولي:

إذا عهد الفضولي إلى شخص آخر في أن يقوم مقامة في أعمال الفضالة كلها أو بعضها، اعتبر هذا الشخص بمثابة نائب ويكون الفضولي مسئولاً عن تصرفاته.

ونائب الفضولي يكون مسئولاً أمام الفضولي. كما يكون الفضولي مسئولاً عن خطئه أمام رب العمل مسئولية المتبوع عن أعمال التابع.

ويكون نائب الفضولي مسئولاً قبل رب العمل عن طريقين، عن طريق الرجوع بالدعوى غير المباشرة أي باستعمال دعوى مدينه الفضولي، وعن طريق الرجوع عليه بالدعوى المباشرة بصريح نص المادة ١٩٢/ ٢ مدني مصري في القانون اللبناني ليس

لرب العمل من دعوى مباشرة قبل نائب الفضولي. إما نائب الفضولي فلا رجوع له قبل رب العمل إلا بالدعوى غير المباشرة.

٣ ـ التضامن في المسئولية بين الفضوليين:

إذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا مسئولين على وجه التضامن عن الخطأ في الفضالة وذلك طبقاً لصريح نص المادة ١٩٢/ ٢ مدني مصري. في القانون اللبناني لم يرد نص مماثل وبالتالي لا تضامن بين الفضوليين عند تعددهم.

الالتزام الرابع: تقديم الفضولي حساباً لرب العمل ورد ما استولى عليه بسبب الفضالة (م ١٩٣ مدني مصري، م ١٥٨ موجبات وعقود لبناني).

يعتبر الفضولي بمثابة وكيل فيما يقبضه من مال رب العمل أثناء قيامه بشئون هذا الأخير يترتب على ذلك ما يلي:

١ ـ لا يجوز له أن يستعمل هذا المال لصالح نفسه، فإن فعل ذلك وجب عليه فوائد هذا المال بسعرها القانوني من وقت استخدامه.

٢ ـ إذا لم يستعمل المال لصالح نفسه، فلا يجب عليه الفائدة بسعرها القانوني إلا من وقت إعذاره برد المال.

= الفضولي مسئولاً «عن كل خطأ وإن خف» عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق فقرة ٦١١ ص ٧٦٦، هامش ١.

هذا إذا كان العمل الذي تولاه الفضولي تصرفاً قانونياً.

أما إذا كان العمل الذي تولاه الفضولي عملاً مادياً كجني محصول، فلا يجوز له أن يستولي عليه لصالح نفسه، وإلا ألزم التعويض.

ثانيا: الأحكام المشتركة لالتزامات الفضولي:

وهنا سنعرض لثلاث مسائل، أهلية الفضولي، وأثر موت الفضولي أو موت رب العمل في التزام الفضولي، وتقادم التزامات الفضولي.

١ ـ أهلية الفضولي:

وهنا يجب التمييز بين التصرفات القانونية والأعمال المادية.

ـ **بالنسبة للتصرفات القانونية**: نفرق بين فرضين.

الفرض الأول: إذا برم الفضولي التصرف القانوني باسمه فإنه يلزم أن يتوافر فيه الأهلية المتطلبة لهذا التصرف وإلا كان التصرف باطلاً والتزام رب العمل وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب إذا تحققت شروطها.

الفرض الثاني: إذا أبرم التصرف القانوني باسم رب العمل فيكفي في الفضولي أهلية التمييز حيث أن أثار التصرف ستضاف مباشرة إلى رب العمل.

بالنسبة للأعمال المادية: يكفي أن يكون الفضولي مميزاً. والتمييز لازم لأنه يشترط لدى الفضولي قصد العمل لمصلحة رب العمل. ومما تجدر ملاحظته أن كل ما يقوم به الفضولي من أعمال، ولو كانت تصرفات قانونية معقودة باسم رب العمل، تعتبر بالنسبة لرب العمل أعمالاً مادية.

بالنسبة للالتزامات المفروضة على الفضولي: فإن الأهلية تختلف تبعاً لنوع الالتزام:

فبالنسبة للالتزام بالمضي في العمل الذي بدأه، والالتزام بأخطار رب العمل بتدخله يكفي في الفضولي أن يكون مميزاً. إذا أخل بأحدهما قامت مسئوليته التقصيرية كاملة على أساس الإخلال بالتزام قانوني.

بالنسبة للالتزام ببذل عناية الشخص العادي والالتزام بتقديم الحساب يشترط في

الفضولي أن يكون كامل الأهلية، لأن الأمر يتعلق بحسن إدارة مال الغير، إذ لم تتوافر هذه الأهلية فلا رجوع إلا بدعوى الإثراء إذا تحققت شروطها، وإذا ارتكب خطأ تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة فيرجع عليه بالمسئولية التقصيرية[1] كاملة م ١٩٦/١ مدني مصري حيث تنص على أنه «إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية التعاقد فلا يكون مسئولاً عن إدارته إلا بالقدر الذي أثرى به، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع» وتنص المادة ٢/١٥١ موجبات وعقود لبناني على «أن فاقد الأهلية لا يكون فضوليا. وإذا أتى عملاً فضولياً فلا يضمن تجاه رب العمل إلا بقدر كسبه».

٢ ـ أثر موت الفضولي أو موت رب العمل في التزامات الفضولي:

وهنا سنعرض لأثر موت الفضولي، ثم بعد ذلك لأثر موت رب العمل.

أ ـ أثر موت الفضولي:

يلتزم ورثته بما يلتزم به ورثةالوكيل (م ١/١٩٤ مدني مصري) بمعنى أن الفضالة كالوكالة تنتهي بالموت، وأن ورثة الفضولي كورثة الوكيل إذا توافرت فيهم الأهلية كانوا على علم بالفضالة يلتزمون التزاماً شخصياً مباشراً بإخطار رب العمل بموت مورثهم كما يلتزمون بأن يحافظوا على ما تم من عمل وبأن يصلوا به إلى حالة لا يتعرض معها للتلف حتى يتمكن رب العمل من أن يباشر العمل بنفسه» (م ١٥٢ موجبات وعقود لبناني).

ب ـ أثر موت رب العمل:

إذا مات رب العمل بقي الفضولي ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم (م ٢/١٩٤ مدني مصري).

وكما واضح فإن الفضالة لا تنقضي بموت رب العمل بل يظل الفضولي ملتزماً نحو ورثة رب العمل كما كان ملتزماً نحو رب العمل نفسه، وفي هذا تختلف الفضالة عن الوكالة إذ الوكالة تنقضي بموت الموكل. ويرجع سبب هذا الاختلاف إلى أن موقف الفضولي لا يتغير بموت رب العمل فهو لا يزال فضولياً بالنسبة إلى ورثته. أما

(١) السنهوري، الوسيط، ص ١، فقرة ٨٨٦، ٨٨٧.

الوكالة فتقوم على علاقة شخصية بين الوكيل والموكل وبالتالي فإنها تنتهي بموت الموكل.

٣ ـ تقادم التزامات الفضولي:

تسقط التزامات الفضولي قبل رب العمل بأقصر المدتين:

ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الفضولي بحقه أو خمس عشرة سنة من وقت نشوء الحق (م ١٩٧ مدني مصري) لم يرد نص من القانون اللبناني في هذا الصدد ومن ثم فهي تخضع للقاعدة العامة في التقادم وهي عشر سنوات من يوم نشوء الحق.

المطلب الثاني
التزامات رب العمل

تنص المادة ١٩٥ مدني مصري على أنه «يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة. وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وأن يعوضه عن التعهدات التي التزم بها وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها وأن يعوضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل، ولا يستحق الفضولي أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته» (م ١٦١/١ موجبات وعقود لبناني).

ويتضح من هذا النص أن التزامات رب العمل هي:

١ ـ تنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي باسمه أي باسم رب العمل.
٢ ـ تعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها باسمه شخصياً.
٣ ـ رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر.
٤ ـ تعويض الفضولي عن الضرر الذي لحقه.

وستقوم أولاً بعرض هذه الالتزامات بالتفصيل، ثم بعد ذلك ندرس الأحكام المشتركة.

أولاً: عرض هذه الالتزامات

وهنا سنعرض لهذه الالتزامات بالتفصيل.

الالتزام الأول: تنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي نيابة عنه:

إذا عقد الفضولي تصرفاً قانونياً باسم رب العمل، فإنه يعتبر نائباً عنه في هذا التصرف فيترتب أثار هذا التصرف مباشرة في ذمة رب العمل. والنيابة هنا نيابة قانونية قررها المشرع صراحة بنص المادة ١٩٥ مدني.

الالتزام الثاني: تعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها باسمه:

وهنا الفرض أن الفضولي قد تعاقد باسمه شخصياً لحساب رب العمل. ولذلك فإن أثار هذا التصرف تتصرف مباشرة إلى ذمة الفضولي. ولذلك إذا أدى الفضولي الالتزامات الناشئة عن هذا التعاقد كان له الرجوع به على رب العمل مع فوائدها القانونية من يوم أن أداها.

الالتزم الثالث: رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر:

يجب على رب العمل أن يرد إلى الفضولي النفقات الضرورية والنافعة وفوائد هذه النفقات من يوم إنفاقها وفي هذا استثناء من القواعد العامة قررها القانون لمصلحة الفضولي لأن الفوائد لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية. وهو يلتزم برد هذه النفقات الضرورية والنافعة ولو لم يترتب على إنفاقها أي إثراء لرب العمل.

أما بالنسبة للأجر فإن رب العمل لا يلتزم بدفع أجر الفضولي مقابل قيامه بأعمال الفضالة إلا إذا كان العمل داخلاً في نطاق مهنته، كما هو الشأن في طبيب يقوم بعلاج مريض أو مهندس يتولى ترميم عين من الأعيان، فعندئذٍ يصبح من حقه أن يؤجر على هذا العمل. وفي القانون اللبناني بينت المادة ٧٧٠ موجبات وعقود الحالات التي يستحق الفضولي فهيا أجراً عن عمله.

الالتزام الرابع: تعويض الفضولي عن الضرر الذي لحقه:

إذا أصاب الفضولي ضرر من جراء العمل الذي قام به فضالة ولم يرجع هذا

الضرر لخطأ صدر منه عوض عن هذا الضرر. وإذا تعدد رب العمل فلا تضامن في التزاماتهم نحو الفضولي لأنه لا تضامن بدون نص. لم ينص القانون اللبناني على ذلك، ومع ذلك فإن الضرر الذي يلحق الفضولي يعتبر من قبيل النفقات التي تكبدها في سبيل قيامه بعمله.

ثانيا: الأحكام المشتركة لالتزامات الفضولي:

وهنا نعرض ثلاث مسائل، أهلية رب العمل، وأثر موت رب العمل أو موت الفضولي على التزامات رب العمل، وتقادم التزامات رب العمل.

١ ـ أهلية رب العمل:

لا يشترط في رب العمل أية أهلية، وذلك لقول القانون، «أما رب العمل فتبقى مسئوليته كاملة ولو لم يتوافر فيه أهلية التعاقد (م ١٩٦/ ٢ مدني مصري، م ١٦١ موجبات وعقود لبناني).

٢ ـ أثر موت رب العمل أو موت الفضولي على التزامات رب العمل:

لم يرد نص في هذا الصدد ولكن طبقاً للقواعد العامة إذا مات رب العمل فإن التزاماته قبل الفضولي تبقى في التركة وعلى ورثته أن يؤدوها من التركة وإذا مات الفضولي بقي التزام رب العمل قبل ورثة الفضولي.

٣ ـ تقادم التزامات رب العمل:

تتقادم الدعوى التي يرفعها الفضولي على رب العمل بأقصر المدتين: ثلاث سنوات من وقت علمه بقيام حقه أو خمس عشرة سنة من وقت قيام هذا الحق. ولم يرد نص في القانون اللبناني ومن ثم تخضع للقاعدة العامة في التقادم وهي عشر سنوات من يوم نشوء الحق.

تم بحمد الله

فهرس

الموضوع **الصفحة**

الجزء الأول: مصادر الالتزام

الكتاب الأول

المصادر الإرادية

الباب الأول: التعريف بالعقد

البـاب الثانـي : تكويـن العقـد

الباب الثالث: آثار العقد

البـاب الرابـع: الإرادة المنفــردة

الكتـاب الثانـي
المصادر غير الإرادية

البـاب الأول: العمل غير المشروع
(المسؤولية التقصيرية)

البـاب الثالـث: الإثـراء بلا سبب